



UNIVERSITA' DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di laurea magistrale in giurisprudenza

*L'AUDIZIONE DEL MINORE NEL
PROCEDIMENTO PENALE*

Il Relatore

Prof.ssa Valentina Bonini

Il Candidato

Daniela Nazeraj

A.A. 2013/ 2014

A mia madre e a Claudio

“Dici: è faticoso frequentare i bambini.

Hai ragione.

Aggiungi: perché bisogna mettersi al loro livello,
abbassarsi, scendere, piegarsi, farsi piccoli.

Ti sbagli.

Non è questo l'aspetto più faticoso.

E' piuttosto il fatto di essere costretti ad elevarsi
fino all'altezza dei loro sentimenti.

Di stiracchiarsi, allungarsi, sollevarsi sulle punte dei piedi.

Per non ferirli.”

Janusz Korczak

Tesi: L'audizione del minorenne nel procedimento penale

Indice.....	p. 3
Introduzione.....	p. 7

Capitolo I Minore soggetto vulnerabile.

1. Vulnerabilità del minore.....	p. 10
2. Le Convenzioni internazionali sull'ascolto del minore.....	p. 12
2.1. Disciplina dell'audizione del minorenne sul fronte europeo	p. 15
2.2. La Convenzione di Lanzarote.....	p. 18
3. Il passaggio dello <i>status</i> del minore da oggetto di diritto a soggetto titolare di specifici diritti.....	p. 23
3.1. Breve storia della giustizia minorile in Italia.....	p. 25
3.2. La disciplina codicistica in tema di tutela del minorenne offeso o testimone.....	p. 28

Capitolo II Le prime fasi del procedimento.

1. Ascolto del minorenne nelle indagini preliminari prima della legge 172/2012 e le innovazioni alla disciplina delle indagini preliminari.....	p. 33
1.1. Novità apportate dalla legge n. 172/2012.....	p. 36
2. La figura dell'esperto.....	p. 41
2.1. Conseguenze processuali di audizione effettuata in assenza dell'esperto.....	p. 42
2.2. Qualifica processuale dell'esperto.....	p. 45
2.3. Livello soggettivo e oggettivo di applicabilità della presenza dell'esperto nelle indagini preliminari.....	p. 47
3. Attività investigativa del pubblico ministero e quella della polizia giudiziaria.....	p. 49

3.1. <i>Notitia Criminis</i> e Protocolli guida per l'ascolto.....	p. 51
3.2. L'esperienza Toscana.....	p. 54
4. Indagini preliminari vs incidente probatori.....	p. 55
5. Assunzione di sommarie informazioni da parte del difensore.....	p. 57

Capitolo III L'Incidente probatorio.

1. Evoluzione storica dell'audizione del minore nell'incidente probatorio.....	p. 61
1.1. Obiettivi processuali della legge n.66/1996.....	p. 63
2. “Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù.”.....	p. 65
3. Profili problematici nel rapporto con le fonti sovraordinate: gli insegnamenti della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia della Comunità Europee.....	p. 67
4. Interventi legislativi dal 2003 e al 2013.....	p. 71
5. Limiti della riforma: mancato coordinamento tra l'art 392 comma 1- <i>bis</i> e l'art 398 comma 5- <i>bis</i> c.p.p.....	p. 75
6. Deposito degli atti di indagine.....	p. 76
7. La disciplina dell'esame del minore in incidente probatorio...	p.78
8. Il diritto alla riservatezza.....	p. 83

CAPITOLO IV L'audizione del minore in dibattimento.

1. <i>Cross-examination</i> ed “esame filtrato”.....	p. 84
2 . Il giudice come garante della corretta assunzione delle testimonianze.....	p. 88
3. Gli ausiliari del giudice e il loro ruolo nello svolgimento	

dell'esame.....	p. 90
4. Svolgimento dell'esame dibattimentale con le modalità di cui art. 398 comma 5- <i>bis</i> c.p.p.....	p. 94
5. L'esame schermato e l'ausilio della tecnologia.....	p. 96
6. Forzature giurisprudenziali per evitare al minore di deporre in giudizio.....	p. 98
6.1. Critiche dottrinali alle forzature giurisprudenziali.....	p. 104
7. Possibili spunti di riforma.....	p. 108

Capitolo V Le metodologie dell'esame.

1. L'importanza della professionalità dell'esperto.....	p. 109
2. Tecniche di audizione.....	p. 113
2.1. <i>Memorandum of Good Practice</i>	p. 114
2. 2. <i>La Cognitive Interview</i>	p. 116
2.3. <i>La Step-Wise Interview</i>	p. 118
2.4. Diversificazione del metodo d'intervista investigativa in base alle diverse fasce di età del minore.....	p. 120
3. La perizia del minore.....	p. 123
3.1. Tempistica della perizia.....	p.126
3.2. Utilizzabilità.....	p. 127
4. Maggior fattore di inquinamento dell'intervista: la suggestione.....	p. 129
Bibliografia.....	p. 133
Giurisprudenza.....	p.140
Sitografia.....	p.145
Ringraziamenti.....	p. 146

INTRODUZIONE

Il presente studio si prefigge lo scopo di esaminare, all'interno del processo penale, l'istituto dell'audizione, partendo dalla consapevolezza che, nel nostro sistema processuale, non esistono preclusioni, basate esclusivamente sull'età, alla capacità di testimoniare dell'individuo, infatti all'art. 196 comma 1 c.p.p. viene fissata l'universalità dell'obbligo.

Dunque il sistema non prevede un limite di età per deporre, non volendo rinunciare al contributo testimoniale né degli adolescenti né dei bambini: lo dimostra il fatto che la testimonianza di un adulto, che presta giuramento, è paragonabile a quella di un minore di anni 14 che non lo presta, come stabilito dall'art. 497 comma 2 c.p.p. e dalle varie sentenze della Corte di Cassazione¹, susseguitesi negli anni. Preme sottolineare, comunque, che con questo non viene totalmente ignorata una forma di tutela nei confronti dei soggetti minorenni, autori, testimoni e/o vittime di reati; anzi è necessario che la giustizia sia a loro misura per evitare di correre il rischio che i loro diritti subiscano restrizioni o violazioni. L'assunzione della deposizione del minore è considerata un'attività particolarmente delicata, dal momento che dalla sua esperienza giudiziaria potrebbero derivare effetti traumatici che ostacolano un suo sviluppo armonico; per questo c'è l'esigenza, da una parte, di tutelare la personalità del minore ed evitare che l'esame incrociato che postula una naturale conflittualità derivi un "danno da

¹ Cass. pen. Sez. III 3 luglio 1997, n. 8962, Ruggeri, in Cass. pen., 1998, pag. 1431: ordinamento processuale penale non pone incapacità a testimoniare derivanti dall'età del minore e spetta al giudice di merito nell'esercizio del suo potere discrezionale valutare la credibilità di deposizioni di testimoni minori di anni quattordici.; Cass. pen., Sez. V, 6 aprile 1999, n. 12027, Mandalà, in Cass. pen., 2000, pag. 3387, stabilisce la validità della testimonianza di un bambino di 3 anni, ritenuta capace, sulla base della perizia psicologica, di percepire e rappresentare la verità, con modalità proprie dell'età.

processo" che rischierebbe di interferire negativamente sulla crescita umana e psicologica del minore, soggetto intrinsecamente "a rischio" a causa della sua immaturità psichica e per le specifiche carenze anche cognitive, legate alla fase di sviluppo che attraversa.

Altra importante considerazione da tenere presente insieme alla tranquillità del bambino è l'esigenza di salvaguardare la genuinità del risultato probatorio: lo stesso "*habitat*" processuale può compromettere la corretta ricostruzione dei fatti, poiché il contraddittorio, con il quale si cerca di far venir fuori la migliore ricostruzione possibile della verità, può generare una dichiarazione non totalmente genuina, dal momento che il minore, in quanto fonte debole, e, specialmente in tenera età, suggestionabile, tende a riprodurre la verità che l'interlocutore gli richiede.

La consapevolezza di tutto questo ha fatto sì che il legislatore abbia previsto delle accortezze normative, allorquando bisogna sentire un minore, che derogano a quelle tipiche del processo accusatorio, quanto al minore imputato:

- l'ammissione nel rito minorile degli accertamenti sulla personalità dell'imputato (art. 2 d.P.R 22 settembre 1988, n. 448);
- l'affermazione del principio generale della non pubblicità delle udienze (art. 33 comma 1 d.P.R n. 448/1988);
- la concessione del compimento di atti in assenza dell'imputato (artt. 31 comma 2 e 33 comma 4 d.P.R. n. 448/1988) e l'affidamento dell'esame al giudice, con l'inibizione della sua conduzione diretta ad opera delle parti (art. 33 d.P.R. n. 448/1988), alla stregua di una scelta parzialmente mutuata per il minore fonte di prova, ospitato nel rito dell'adulto (art. 498 comma 4 c.p.p);

quanto al minore testimone:

- la previsione di un contraddittorio mediato nell'esame dibattimentale del testimone minorenne, garantito dall'assistenza affettiva e psicologica (art. 498 comma 4 c.p.p);

- l'introduzione di una speciale ipotesi di incidente probatorio (art. 392 comma 1-*bis* c.p.p) per l'assunzione della dichiarazione di persona minore e l'individuazione, in questi casi, di peculiari modalità di audizione (art. 398 comma 5-*bis* c.p.p).

Questi istituti saranno meglio analizzati nelle pagine successive: il primo capitolo si apre con l'analisi della disciplina sovranazionale, che per prima ha previsto come obiettivo dei comportamenti che devono dirigere i giudici, quello di non pregiudicare la crescita psichica del minorenne e si conclude con i diritti riconosciuti al minore in quanto tale (dunque a prescindere dalla sua veste di imputato o vittima) all'interno del contesto italiano, passano nel secondo, nel terzo e nel quarto capitolo all'analisi delle norme procedurali dedicate all'assunzione della prova dichiarativa del minorenne testimone nel nostro ordinamento. L'ultimo capitolo dell'elaborato invece è dedicato alla metodologia di questo esame che deve tenere in conto il superiore interesse del minore.

CAPITOLO I

Il minore soggetto vulnerabile

Sommario: 1. Vulnerabilità del minore.- 2. Le Convenzioni internazionali sull'ascolto del minore.- 2.1. Disciplina dell'audizione del minorenne sul fronte europeo.- 2.2. La Convenzione di Lanzarote.- 3. Il passaggio dello *status* del minore da oggetto di diritto a soggetto titolare di specifici diritti.- 3.1. Breve storia della giustizia minorile in Italia.- 3.2. La disciplina codicistica in tema di tutela del minorenne offeso o testimone.

1. Vulnerabilità del minore.

I minori sono considerati soggetti vulnerabili a cagione dell'età e delle loro condizioni psichiche e fisiche, dunque vanno tutelati sia da quelle situazioni di violenza di cui sono vittime, sia da situazioni di abbandono che facilmente sfociano in una deviazione giovanile a danno dell'intera società; vanno inoltre tutelati dalla possibile vittimizzazione secondaria che si può realizzare quando il minore entra a contatto con l'ambiente giudiziario.

Spesso la dichiarazione di un minore acquisisce un'importanza fondamentale, in particolar modo quando è l'unica forma di investigazione su cui si può costruire un'accusa e sostenere un'affermazione di responsabilità penale: va, però, acquisita con particolari cautele in considerazione del fatto che il minore è appunto un soggetto debole intrinsecamente sia sotto l'aspetto cognitivo che emotivo, indipendentemente dal fatto che intervenga nel processo come testimone o che vi sia presente come imputato.

Il tema della valutazione della testimonianza dei minori è un

argomento complesso poiché il valore probatorio di questa è dato dalla maggiore o minore coincidenza tra la "dichiarazione rappresentativa" e il "fatto rappresentato" e tale coincidenza può mancare in tutto o in parte anche per cause che prescindono dalla volontà del dichiarante e sono collegate anche al grado di sviluppo e maturità raggiunti al momento dei fatti.

Un tempo la testimonianza dei fanciulli era ritenuta la più credibile perché rappresentante la "voce dell'innocenza", ma studi più approfonditi di psicologia giudiziaria dimostrano che così non è: sono invece numerose le ragioni che possono rendere inesatta la deposizione di costoro, ad esempio l'età e il tempo.

Per quanto riguarda la prima, è inconfutabile che la capacità mnestica sia più limitata, fatto che spiegherebbe l'inattendibilità delle dichiarazioni dei testimoni minorenni: essendo in loro presente un'innata capacità creativa, confondono facilmente la realtà con la fantasia e, messi in condizione di dover narrare un avvenimento, spesso suppliscono alle lacune del ricordo con eventi immaginati.

Il fattore tempo, altresì, influisce perché sembra che più i minori siano piccoli, tanto più risulta veritiera e spontanea la loro versione avvenuta in prossimità dei fatti, viceversa con il maggior trascorrere del tempo c'è un maggior pericolo che costoro subiscano manipolazioni esterne e il ricordo si faccia labile.

Inoltre, salvo poche eccezioni, studi scientifici hanno dimostrato che in linea di massima i bambini di età più piccola sono maggiormente suggestionabili dalla figura dell'adulto perché la loro personalità non si è ancora formata: decisivo in tal senso è il modo in cui vengono formulate le domande, dal momento che domande minuziose e ricche di particolari possono imporsi allo spirito del fanciullo e lo inducono a riferire percezioni che crede siano le sue,

ma che, in realtà, gli sono state suggerite da altri; così come, audizioni ripetute da soggetti diversi nei confronti della stessa fonte minore di età possono ingenerare nel dichiarante l'impressione di non essere creduto dall'adulto e provocare una perdita di fiducia nell'interlocutore che, di riflesso, porta il minore a inventare una verità che compiacce l'interrogante².

La situazione attuale è di riconoscimento dei diritti di tali soggetti vulnerabili non solo nel nostro ordinamento ma anche nei testi internazionali ed europei.

2. Le Convenzioni internazionali sull'ascolto del minore.

Nel 1924 la Società delle Nazioni approva la "Dichiarazione dei diritti del fanciullo", conosciuta come "Dichiarazione di Ginevra": enunciando alcuni fondamentali principi che stanno alla base di un adeguato sviluppo umano.

I 10 principi contenuti in questo documento non sono obbligatori per gli Stati, ma comunque espressione coerente e consapevole di un modo di pensare unitariamente sentito a livello mondiale; qui si riconosce per la prima volta il diritto del bambino non solo alla propria integrità fisica, ma anche ad un processo formativo normale. A questa si è ispirata la "Dichiarazione dei diritti del fanciullo", adottata nel 1959, dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, intesa ad assicurare al fanciullo un'infanzia felice ed il godimento, nell'interesse suo e della società, dei diritti e delle libertà che in essa vengono enunciati.

Successivamente, il Congresso delle Nazioni Unite del 29 novembre 1985 enunciò le "Regole minime per l'amministrazione

² C. Pansini, Le dichiarazioni del minore nel processo penale, Cedam, Padova, 2001, pag. 92-97

della giustizia minorile", anche dette "Regole di Pechino", queste hanno il merito di aver considerato la tutela del minore e dei suoi interessi quale compito specifico di ogni singolo stato, anche nell'amministrazione della giustizia, tutelando il suo supremo interesse durante la valutazione della sua personalità al fine di non pregiudicare il suo sviluppo psichico ed il suo futuro sociale, sancendo il riconoscimento della tutela del giovane tra gli obiettivi della giustizia minorile (art. 5); il riconoscimento, in considerazione delle speciali esigenze del minore di un potere discrezionale in capo agli organi giudiziari da esercitare responsabilmente (art. 6); l'assicurazione di tutte le garanzie procedurali (art. 7);

L'attenzione è rivolta al minore imputato in un procedimento penale in ragione delle evidenti esigenze di tutela e della necessità di risposte educative, riconoscendogli il diritto a tutte le garanzie procedurali, quali: a) il diritto di difendersi anche non rispondendo alle accuse contestategli; b) il diritto alla presenza del genitore o del tutore; c) il diritto di essere rappresentato da un consulente o di chiedere la nomina di un avvocato d'ufficio; d) il diritto a non essere sottoposto a misure extragiudiziali che implicano l'affidamento a servizi della comunità o ad altri senza il suo consenso o quello del genitore o tutore.

E' con la Convenzione di New York "sui diritti del fanciullo", promulgata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20/11/1989 che i diritti del minore vengono meglio confermati e specificati: si ha l'enunciazione di principi fondamentali a tutela del minore, quali la non discriminazione (art. 2); il superiore interesse del bambino (art. 3); il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art. 6); l'ascolto (art. 12).

In particolar modo, l'art. 12 rappresenta una vera innovazione, la principale indicazione dell'articolo è la proposta dell'ascolto come

modello generale. Il primo comma chiede che gli Stati garantiscano al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente le sue opinioni su ogni questione che lo interessa, mentre il secondo comma si riferisce all'ascolto nelle procedure. L'ascolto diventa dunque un paradigma delle buone relazioni, un diritto della personalità del minore nei confronti della comunità adulta che si occupa di lui: *in primis* i genitori, che sono i titolari della responsabilità educativa; poi le altre istituzioni che se ne prendono carico come la scuola o le persone sostitutive presso cui il bambino può essere collocato, come una famiglia affidataria o una comunità; e per ultime le istituzioni pubbliche che possono occuparsene all'interno di procedure giudiziarie, amministrative o sanitarie.

L'articolo in questione lascia alla legislazione nazionale di ogni Stato che ha ratificato l'individuazione delle modalità con le quali relazionarsi con il bambino, la misura in cui poter tener conto delle sue opinioni, le modalità per capire la maturità e la capacità di discernimento di costui.

La Convenzione inoltre contiene un elevato numero di garanzie processuali all'art. 40, che si riferiscono al fanciullo sospettato, accusato o riconosciuto colpevole di reato: il minore ha diritto alla presunzione di innocenza, ad essere informato dell'accusa, di beneficiare dell'assistenza legale, di difendersi davanti ad un giudice terzo e imparziale in un processo equo, al rispetto della sua vita privata.

Con il programma del Consiglio d'Europa (2006-2008) "Costruire un'Europa per e con i bambini"³ lanciato nel corso di un convegno nell'aprile 2006, viene posto l'obiettivo di eliminare ogni forma di violenza nei confronti dei minori, accordando un'attenzione

³ consultabile su www.coe.int

particolare ai bambini più vulnerabili e proponendo di aiutare gli Stati a consolidare e a sviluppare delle strategie nazionali per aiutare i diritti dell'infanzia, tramite la predisposizione di quadri normativi globali coerenti e accessibili.

Il programma si propone, inoltre, di migliorare l'accesso dei bambini all'informazione e di sviluppare metodologie e strumenti destinati a garantire una partecipazione dei bambini a tutti i livelli: locale, regionale e nazionale.

2.1. Disciplina dell'audizione del minore sul fronte europeo.

L'attenzione posta dall'Unione europea ai diritti del minore è aumentata progressivamente negli ultimi decenni, tanto che tutelare attivamente tali soggetti costituisce, per essa e per gli Stati suoi membri, una priorità importante e un impegno, come afferma l'art. 3 del Trattato dell'Unione europea e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, che riconosce ai bambini il diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro sviluppo e, sulle questioni che li riguardano, la possibilità, per questi, di esprimere liberamente la propria opinione, che deve essere presa in considerazione in funzione della loro età e della loro maturità⁴.

Sebbene la Costituzione europea non sia ancora in vigore negli Stati membri, rimane comunque una fonte documentale dall'alto valore morale. Accanto alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore, firmata il 25 gennaio 1996, ci sono moltissime Raccomandazioni, Risoluzioni e Decisioni dedicate ai diritti del minore.

⁴ Si tratta di un pieno riconoscimento del principio dell'art. 12 della Convenzione di New York

Tra le Decisioni quadro, ricordiamo quella del Consiglio d'Europa 2001/220/Gai del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (abrogata e sostituita dalla Direttiva del 2012/29/UE): questa rileva l'esigenza di proteggere le fonti di prova vulnerabili, ritenendole bisognose di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione, allo scopo di evitare la vittimizzazione secondaria: le vittime di reati, infatti, devono avere la possibilità di essere sentite durante il procedimento e di fornire elementi di prova tenendo presente che le autorità dovrebbero interrogare le vittime soltanto per quanto è necessario al procedimento penale (art. 3 Direttiva del 2012/29/UE), prevedendone l'assistenza durante e dopo (art. 13 Direttiva del 2012/29/UE)

La Decisione nell'individuare le vittime particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria, adotta la tecnica di predisporre cataloghi di soggetti individuati *ex ante* dalla legge⁵, alla luce del combinarsi di criteri soggettivi (quali l'età e il genere) e dell'oggetto del procedimento. Il risultato è quello di una specificazione di diverse categorie di vittime, cui corrispondono differenti livelli di tutela che, non di rado, ispirano modelli di giustizia penale diversificati: le vittime minori, le donne vittime (di reati a sfondo sessuale, ma non solo), le vittime disabili, le vittime del terrorismo, le vittime della criminalità organizzata, le vittime della criminalità economico-finanziaria, le vittime di disastri ambientali. Vittime intrinsecamente deboli, da un lato; gruppi di

⁵ La tecnica di predisporre cataloghi di soggetti presuntivamente vulnerabili *ex lege* si è rivelata inidonea, per via del suo rigido approccio casistico, a fornire un'adeguata tutela soggettiva e ciò lo constata anche la Corte di giustizia nel caso "Pupino" quando in riferimento alla vittima non definisce la nozione di vulnerabilità e le conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott presentate l'11 novembre del 2004 causa C-105/03, Pupino, punto 54: per cui la particolare vulnerabilità può basarsi su una molteplicità di motivi, che solo difficilmente possono essere racchiusi in una definizione

vittime, dall'altro.

Tra questi soggetti, per i quali c'è una presunzione assoluta di vulnerabilità, è presente anche il minore, che in base al solo elemento anagrafico, è da considerarsi particolarmente esposto al rischio di vittimizzazione secondaria, così come di intimidazione e ritorsione.

La portata stessa del concetto di vittima si amplia, rispetto alla decisione quadro del 2001, con la Direttiva 2012/29/UE⁶ recante "norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato", che adotta un approccio innovativo in base al quale il legislatore viene spinto a prendere consapevolezza del fatto che solo la flessibilità propria del *case by case* giudiziale è capace di assicurare alla vittima una tutela effettiva (art. 22 Direttiva 2012/29/UE): ne esce rimodellato il profilo soggettivo, ricomprendendo accanto alla persona che ha subito le conseguenze pregiudizievoli del reato anche i familiari vittime indirette del reato, in particolare quelli della persona morta a causa del reato per il pregiudizio da loro subito. La Direttiva 2012/29/UE a proposito del minore, ribadisce che costui ha diritto ad essere ascoltato nel procedimento, eventualmente con modalità protette, senza così precludere il diritto di essere sentito unicamente a causa della minore età, ma che, comunque, si proceda a una valutazione individuale che ne tenga in considerazione età, maturità, opinioni, necessità e preoccupazioni, poiché il suo interesse va sempre considerato preminente e, in quanto tale, garantito dentro e fuori del processo (art. 1 comma 2 Direttiva 2012/29/UE). Durante le indagini penali, tutte le sue audizioni

6 F. Cassibba, Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili", 11 luglio 2014, in www.dirittocontemporaneo.it ; S. Lorusso, Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?, in *Dir. pen. e proc.* 8/2013, pag. 885;

dovrebbero svolgersi in locali adatti allo scopo, essere oggetto di registrazione audiovisiva (art. 23 comma 2 e 3 Direttiva 2012/29/UE) ed essere utilizzabili come prova nel processo, a norma del diritto nazionale (art. 24 Direttiva 2012/29/UE). Il minore avrà anche diritto ad una propria consulenza e rappresentanza legale, persino in nome proprio, nei procedimenti nei quali potrebbe sussistere un conflitto di interessi con i titolari della potestà genitoriale [art. 24 Direttiva lettera c) 2012/29/UE].

Verrà, inoltre, impedita la diffusione pubblica di qualsiasi informazione che permetta l'identificazione di una vittima minorenne, escluse le situazioni in cui, eccezionalmente, la divulgazione o addirittura l'ampia diffusione di informazioni possono giovare al minore, come ad esempio nei casi di rapimento (punto 54 della premessa e art. 21 Direttiva 2012/29/UE).

2.2. La Convenzione di Lanzarote.

Il 25 ottobre 2007 a Lanzarote è stata stipulata la Convenzione del Consiglio d'Europa “sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali”, con carattere di vincolatività per gli Stati membri che vi aderiscono.

Lo sfruttamento e l'abuso sessuale hanno assunto proporzioni allarmanti non solo a livelli nazionale ma anche internazionale in particolare per quanto riguarda l'utilizzo sempre maggiore delle tecnologie informative e della comunicazione, e, mettendo seriamente a rischio la salute e lo sviluppo psico-fisico dei minori.

La Convenzione contiene principi generali, tra i quali quello di non discriminazione; la previsione di misure, affidate ad autorità specializzate, per la protezione dei minori, nonché specifici programmi di intervento volti alla tutela e all'assistenza delle

vittime; l'attenzione incentrata alle necessarie modifiche da apportare alle norme penali sostanziali e processuali dei singoli Paesi; puntuali riferimenti alla cooperazione internazionale, funzionale al contrasto di questa tipologia di reati. Viene dunque riconosciuto al minorenne il diritto alle misure di protezione rese necessarie dal suo *status*, considerando il benessere e l'interesse superiore dei minori come valori fondamentali condivisi da tutti gli Stati membri che devono essere promossi senza alcuna discriminazione;

Sotto il profilo sostanziale, la Convenzione definisce le condotte di abuso sessuale, di prostituzione minorile, di pedopornografia, di corruzione di minori, di adescamento dei medesimi e detta le regole in materia di giurisdizione dei singoli Stati, occupandosi altresì di sanzioni, circostanze aggravanti e valutazione di precedenti condanne.

L'articolo 30 della Convenzione concerne il versante processuale, prevedendo che gli Stati adottino misure legislative o di altro genere per assicurare che le indagini e i procedimenti siano condotti nel migliore interesse del minore e nel rispetto dei suoi diritti, utilizzino un approccio protettivo nei confronti delle vittime, assicurando che indagini e procedimenti giudiziari non aggravino il trauma del minore e che la risposta del sistema giuridico sia accompagnata dall'assistenza al medesimo. Si prevede inoltre che nella fase delle indagini, ove appropriato, si possano utilizzare agenti sotto copertura e che siano costituite unità o servizi investigativi per identificare le vittime di pedopornografia.

L'art. 35 della Convenzione dedicato alle audizioni del minore stabilisce che ciascuna delle parti adotta le misure legislative o di altra natura necessarie affinché:

a) le audizioni del minore abbiano luogo senza ritardi ingiustificati,

- dopo la segnalazione dei fatti alle autorità competenti;
- b) le audizioni del minore si svolgano, ove necessario, in locali concepiti o adattati a tal fine;
 - c) le audizioni del minore siano condotte da professionisti formati a tal fine;
 - d) il minore sia sentito, ove possibile e necessario, sempre dalle stesse persone;
 - e) il numero di audizioni sia limitato al minimo e allo stretto necessario per lo svolgimento del procedimento penale;
 - f) il minore possa essere accompagnato dal suo rappresentante legale o, ove necessario, da un adulto di sua scelta, salvo decisione contraria e motivata presa nei confronti di tale persona;
- le audizioni della vittima o, ove necessario, di un minore testimone dei fatti, possano essere oggetto di una registrazione audiovisiva, e che tale registrazione possa essere ammessa quale mezzo di prova nel procedimento penale, conformemente alle norme previste dal proprio diritto interno.

La direttiva sancisce, altresì, il diritto della vittima a ricevere informazioni in modo facilmente comprensibile. Gli Stati dovranno attivarsi fin dal primo contatto con le loro autorità, mettendo anche a disposizione, ove necessario, un servizio gratuito di interpreti per consentire la più efficace partecipazione delle vittime alle audizioni. È inoltre prevista l'adozione di generali misure di protezione necessarie per salvaguardare i diritti e gli interessi delle vittime, inclusi i loro particolari bisogni come testimoni, ad ogni livello delle indagini e dei procedimenti giudiziari, mettendo in atto meccanismi di informazione delle vittime circa i propri diritti ed i servizi a disposizione e assicurando, almeno nei casi in cui le vittime e le loro famiglie si trovino in una situazione di pericolo, che siano informati quando una persona perseguita o condannata sia

rilasciata temporaneamente o definitivamente.

Viene anche previsto che le indagini e i procedimenti penali che coinvolgono minori siano effettuati con priorità e siano portati avanti senza ingiustificato ritardo, assicurando tuttavia che dette misure non pregiudichino il diritto alla difesa e la necessità di un processo giusto e imparziale.

La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge n. 172 del 2012, che introduce modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario, con l'obiettivo duplice di rendere più efficace il perseguimento dei colpevoli e di tutelare le vittime in maniera più adeguata. Le modifiche al codice di rito, introdotte dall'art. 5 della legge n. 172/2012 sono di coordinamento della disciplina processuale con la sostituzione o l'introduzione di determinate figure di reato del codice penale⁷.

Sul versante della tutela penale, vengono ampliate e rese più severe le fattispecie a tutela dell'integrità psico-fisica e sessuale del minore a partire dall'introduzione del nuovo reato di "istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia" (art. 414-*bis* c.p.), alla riformulazione di alcuni reati già previsti nell'ordinamento, con cospicui aumenti di pena per molte fattispecie.

In ambito procedurale, la legge n.172 del 2012 provvede a completare le cautele e le garanzie che debbono presidiare la partecipazione potenzialmente traumatica e la frequente vittimizzazione secondaria del minorenne al processo penale. L'innovazione più importante introdotta, da questa, è quella per cui la partecipazione di esperti in psicologia infantile, fino ad oggi prevista solo quando il minore venisse ascoltato dal giudice ai

⁷ A. M. Capitta, La legge di ratifica della convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario, 5 novembre 2012, in www.penalecontemporaneo.it

sensi dell'art. 498 c.p.p., viene estesa anche all'ipotesi in cui ad ascoltare il minore siano il pubblico ministero, la polizia giudiziaria o il difensore nel corso delle indagini preliminari.

L'art. 5 comma 1 lettere *g)* ed *h)* ha esteso la possibilità di assumere la testimonianza di un minore nelle forme dell'incidente probatorio, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 392 c.p.p., per il reato di cui all'articolo 609-*undecies* c.p. (adescamento di minore), estendendo sempre per tale ipotesi criminosa, anche le modalità di assunzione della prova nella forme della cosiddetta audizione protetta, previste nell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.

In tema di indagini, la lett. *i)* della norma in commento ha inserito tra i procedimenti per i quali è previsto il termine di durata massima delle indagini preliminari (due anni) quelli per il reato di cui al comma 2 dell'art. 600-*ter* c.p., relativo al commercio del materiale pornografico minorile.

La lett. *l)*, infine, in materia di riti alternativi, ha modificato l'art. 444 c.p.p. escludendo dal novero dei delitti per i quali è possibile il cd. patteggiamento allargato quelli di prostituzione minorile di cui all'art. 600-*bis* c.p.

La Convenzione di Lanzarote e la legge n. 172/2012 costituiscono significativi passi in avanti nella direzione del pieno riconoscimento della specificità della posizione del minore nel processo: un soggetto che va difeso, non solo dagli abusanti, ma anche dai meccanismi, spesso inadeguati, della giustizia. La legge n. 172/2012 ha, quindi, il pregio di avere esteso il sistema di diritti e garanzie a protezione della vittima di delitti di abuso e sfruttamento sessuale, anche allo scopo di evitare i c.d. fenomeni di vittimizzazione secondaria scaturenti dal contatto del minore con la polizia giudiziaria e/o con il pubblico ministero.

3. Il passaggio dello *status* del minore da oggetto di diritto a soggetto titolare di specifici diritti.

Per lungo tempo negli ordinamenti europei è stata ignorata la posizione del minore, essendo stato preso in considerazione solamente il cittadino adulto portatore di diritti, in quanto in grado di adempiere a dei doveri: nei codici dell'800, addirittura, il minore veniva considerato “oggetto” dei diritti degli adulti, al punto che, la patria potestà genitoriale si presentava come autorità con poteri assoluti: «si pensi che il “*code Napoleon*” (1804) riconosceva al padre il potere di far mettere in carcere il figlio, ed il giudice, chiamato ad attuare questa decisione, non aveva il potere di sindacarla»⁸.

Sono almeno tre le ragioni per cui l'ordinamento giuridico italiano precostituzionale non prestava attenzioni al minore:

- 1) la concezione essenzialmente patrimonialistica del diritto privato tendeva a respingere l'attuazione dei diritti fondamentali personalistici, oscurando il soggetto in formazione che deteneva scarsi interessi di natura patrimoniale;
- 2) la tendenza delle codificazioni era quella di prendere in considerazione solo « il soggetto normale della società borghese»⁹ con l'impossibilità, così, di prevedere interventi normativi personalistici e tutele differenziate;
- 3) l'intero ordinamento si radica sulla scissione tra capacità giuridica e capacità di agire e, a quei tempi, si riteneva difficile «che si evidenziassero diritti come quelli di personalità che non consentono, a differenza di quelli patrimoniali, una loro tutela a mezzo di rappresentante. E ciò in particolare perché molti diritti di

⁸ V. Laccoppola, La tutela del minore abusato nell'era della globalizzazione, Cacucci, Bari, 2003, pag. 48

⁹ A. C. Moro, Manuale di diritto minorile Zanichelli, Bologna, 2008, pag.7

personalità finiscono con l'essere compromessi o negati proprio da coloro che hanno istituzionalmente la rappresentanza del minore.»¹⁰

Il cambiamento di prospettiva per cui il minore, da "oggetto di diritto", passa a "soggetto titolare di specifici diritti" bisogno di particolari cautele in quanto soggetto differente per la sua personalità in fieri, si ha a partire dalla fine degli anni Sessanta, grazie alle prime Convenzioni sul pieno riconoscimento dei diritti della personalità del bambino, alla Costituzione e all'evoluzione della sensibilità culturale.

Nel 1948 entra in vigore la Costituzione della Repubblica italiana, non prevedente specifiche tutele per le categorie deboli, ma che, comunque, ha il pregio di avere una struttura versatile, facilmente adattabile alle nuove esigenze di cura del minore, poiché promuove i diritti del cittadino per tutti gli essere umani, compresi i minori.

Possiamo, infatti, evincere la loro tutela a livello Costituzionale dall'art. 2, con cui si attribuisce al minore il diritto ad essere uomo; dall'art. 3, che gli riconosce il diritto all'uguaglianza sostanziale, pur nella considerazione della sua diversità; dall'art. 30, in cui si rivendica, verso gli adulti e verso la società, il diritto all'educazione, che proiettandosi anche sulla pena, ne caratterizza la funzione; dall'art. 31, che gli riconosce il diritto ad ottenere protezione mediante strumenti ed istituti adeguati allo scopo; all'art. 10, inoltre, viene imposto di conformare l'ordinamento alle norme internazionali, ivi comprese quindi anche quelle a tutela dei minori.

10 A. C. Moro, Manuale di diritto minorile, cit., pag.7

3.1. Breve storia della giustizia minorile in Italia.

Il R.d.I 20 luglio 1934 n.1404, intitolato «Istituzione e funzionamento del tribunale per minorenni», per primo creò una giurisdizione minorile specializzata e a formazione mista di due giudici professionali e due giudici onorari esperti nelle tematiche minorili.

Nel 1987, invece, venne emanata la legge delega n. 81 in attuazione dell'art. 31 comma 3 Costituzione che impone alla Repubblica di proteggere la gioventù, la delega è stata attuata con il d.P.R 22 settembre 1988 n. 448 «Disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni», che abroga il R.d.I del 1934 nelle parti relative al processo penale; per cui il nuovo codice di procedura penale minorile mantiene le garanzie del processo penale ordinario ma cerca di limitare per quanto possibile, con modificazioni e integrazioni, gli effetti dannosi che il circuito penale inevitabilmente determina sul soggetto ancora non maturo e con particolari condizioni psicologiche. Si delinea, così, un sistema di giustizia differenziata e all'art. 3 della legge delega n. 81 del 1987, viene espressa la finalità rieducativa del processo minorile, il quale però non deve essere veicolo per l'introduzione di pratiche deresponsabilizzanti ma deve raggiungere un equilibrio tra le esigenze di tutela e di responsabilizzazione, rapportate alle esigenze di un soggetto *in fieri*: il giudice ha il compito di illustrare il significato del processo, i contenuti, le ragioni, anche etico-sociali delle decisioni. Tutto questo rende irrinunciabili approfonditi accertamenti sulla personalità dello stesso durante lo svolgimento del procedimento, configurando così una contemporaneità del “processo sull'autore” e del “processo sul fatto” che non troviamo nel procedimento penale a carico degli adulti: tale accertamento sulla personalità è inserito all'art. 9 d.P.R. 448/88 come imprescindibile supporto cognitivo di qualsiasi decisione degli

organi giudiziari, risultante strettamente funzionale all'esigenza di individuare la risposta più adeguata in rapporto alla specifica condizione personale del singolo imputato, permettendo la valutazione di una pluralità di variabili ambientali, sociali, psico-fisiche ed educative, che richiedono una eterogeneità di competenze. Queste indagini sono previste per finalità diverse dalle perizie esclusivamente psicologiche volte ad accertare il livello di capacità del minore di recepire informazioni, dal momento che questi accertamenti risultano particolarmente invasivi della sfera individuale del testimone minorenni, con il pericolo di determinare un trauma ulteriore, evitabile.

Dire che il processo penale deve adeguarsi sia nella sua concezione generale che nella sua applicazione concreta, alla personalità del minore è espressione del principio di adeguatezza; accanto a tale principio troviamo anche quello di minima offensività, che si fonda sulla consapevolezza dei rischi allo sviluppo armonico, che potrebbero derivare dal contatto del minore con il sistema penale: si persegue in questa prospettiva anche l'obiettivo di favorire una rapida uscita del minore dal circuito penale affinché non vengano interrotti i processi educativi in atto ed evitando il più possibile l'ingresso del minore nel circuito penale con strumenti alternativi quali:

- il perdono giudiziale: quando si presume che il minorenni si asterrà dal commettere ulteriori reati(art. 32 del d.P.R. 448/88);
- non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: si applica quando il reato è tenue, occasionale e l'ulteriore corso del procedimento pregiudicherebbe le esigenze educative del minore. Il giudice, su richiesta del p.m., può applicare una misura di sicurezza. (art. 27 del d.P.R. 448/88);
- il giudice può impartire, nell'ambito delle misure cautelari, regole

di condotta inerenti attività di studio, lavoro o altre attività utili alla sua educazione, con contemporaneo affidamento del minore al controllo e all'assistenza dei Servizi minorili dell'Amministrazione della Giustizia (art. 20 del d.P.R. 448/88);

- permanenza in casa: il giudice può prescrivere la misura cautelare non detentiva della permanenza in casa, che prevede l'obbligo per il minore di stare presso l'abitazione familiare o altro luogo di privata dimora, con ampia discrezionalità da parte del giudice in ordine alle esigenze di studio o di lavoro o altre attività utili all'educazione del minore, con compiti di vigilanza attribuiti al genitore o alle persone nella cui abitazione è disposta la permanenza (art. 21 del d.P.R. 448/88);

- sospensione del processo e messa alla prova: il giudice, sentite le parti, può disporre la sospensione del processo e la messa alla prova per un periodo non superiore a tre anni quando ritiene di dover valutare la personalità del minore sulla base di un progetto di intervento elaborato dai Servizi Sociali del Dipartimento Giustizia Minorile in collaborazione con i Servizi Sociali dell'Ente locale al quale il minorenne deve dare la propria adesione e che, in genere, prevede il coinvolgimento della famiglia del minore e del contesto sociale- scuola, ente di formazione, datore di lavoro (art. 28 del d.P.R. 448/88).

Trova espressione anche il principio di destigmatizzazione sempre al fine di evitare al minore il pregiudizio alla sua immagine, l'ordinamento tende a garantire la tutela della riservatezza e dell'anonimato rispetto alla società esterna. Ciò avviene attraverso varie modalità quali, in particolare:

- il divieto per i mezzi di comunicazione di massa di diffondere le immagini e le informazioni sull'identità del minore (art. 13);

- lo svolgimento del processo senza la presenza del pubblico, in

deroga al principio generale della pubblicità del processo penale (c.d. processo a porte chiuse) (art. 33). Alla disposizione può essere derogata solo su richiesta espressa del minore, che abbia già compiuto i sedici anni, e nel suo esclusivo interesse;

-la possibilità di cancellazione dei precedenti giudiziari dal casellario giudiziale al compimento del diciottesimo anno d'età (art. 5 comma 4 d.P.R 14 novembre 2002, n. 313);

-cautele previste per proteggere i minorenni dalla curiosità del pubblico durante l'esecuzione dell'arresto e del fermo, nell'accompagnamento e nella traduzione (art. 20 d.lgs 28 luglio 1989, n. 272)¹¹.

La Corte Costituzionale¹² ha da sempre considerato prioritario il peculiare interesse-dovere dello Stato al recupero del minore rispetto alla realizzazione della pretesa punitiva; giustificando deroghe a norme processuali (quale quella relativa alla pubblicità del dibattimento) in quanto finalizzate alla tutela di altri valori ugualmente garantiti dalla Costituzione, come la "protezione della gioventù". In tutte le sue pronunce la Corte ha voluto far emergere la "specialità della condizione del minore" e la necessità della tutela dello stesso, anche a costo di sacrificare altri interessi tradizionalmente e tipicamente perseguiti da ogni sistema¹³.

3.2. La disciplina codicistica in tema di tutela del minorenne offeso o testimone.

Nel codice di procedura penale del 1930 l'attenzione verso il minore coinvolto come testimone o come parte lesa nel processo

11 P. Tonini, Manuale di procedura penale, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 837

12 Corte cost., 18 aprile 1997, n. 109, in Giur. Cost., 1997, pag. 1019; Corte cost., 16 aprile 1973, n. 49, in Giur. cost., 1973, pag. 425; Corte cost., 16 maggio 1994, n.179, in Giur. it., 1994, pag. 357;

13 C. Pansini, Le dichiarazioni del minore nel processo penale, cit., pag. 29-31

era pressoché nulla, ad eccezione dell'art. 449 c.p.p. che non prevedeva il dovere di prestare giuramento del minore di 14 anni chiamato a deporre, poiché si riteneva che non avesse la consapevolezza matura ed interiore dell'importanza solenne del giuramento ma potevano ugualmente essere sentiti per semplici indicazioni o chiarimenti. Poteva essere riconosciuto ai minori che avessero compiuto 14 anni la qualità di testimoni dopo aver prestato giuramento e gli fossero stati fatti presenti i provvedimenti applicabili in caso di falsa testimonianza. Il processo in caso di abuso sessuale sui minori non doveva obbligatoriamente essere celebrato "a porte chiuse" tale decisione era lasciata alla discrezionalità del giudice con generico riferimento a ragioni di sicurezza, di ordine pubblico o di moralità (art. 423 c.p.p.). Il codice penale del 1930 prevedeva per la disciplina minorile le figure della violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), dell'abuso di mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 c.p.), dei maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) e della sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.); e istituti quali il perdono giudiziale, l'incapacità d'intendere e volere e la sospensione condizionale della pena.

Il codice di procedura penale del 1988, in riferimento alla disciplina dell'audizione del testimone minorenni vittima o spettatore di un reato, originariamente prevedeva due sole disposizioni: l'art. 472 comma 4 c.p.p. riguardante le regole sul procedimento a porte chiuse, e dall'art. 498 comma 4 c.p.p. dedicato alle modalità di svolgimento dell'esame dibattimentale.

A salvaguardia della dignità, integrità affettiva e psicologica del minore bisognoso di specifiche procedure con le quali impedire «l'accanimento investigativo tipico del controesame»¹⁴, i l

14 C. Pansini, Le dichiarazioni del minorenni nel processo penale, cit., pag. 82

legislatore con l'art. 498 comma 4 c.p.p. affida la titolarità della conduzione dell'esame dibattimentale al presidente, su domande e contestazioni propositegli dalle parti con l'eventuale ausilio di un familiare del minorenne o di un esperto in psicologia infantile.

Ulteriori passi in avanti sono stati fatti in seguito, in due momenti differenti: in occasione della riforma dei reati sessuali del 1996 e dall'introduzione della legge sulla pedofilia nel 1998, con cui sono state introdotte nel tessuto codicistico particolari modalità e regole di acquisizione della testimonianza sempre con l'obiettivo di salvaguardare la vulnerabilità delle persone offese e dei testimoni di particolari reati a sfondo sessuale ma anche di un minimo sacrificio sul piano del contraddittorio e del diritto di difesa. Quest'ultimo scopo è stato perseguito attraverso la valorizzazione dell'incidente probatorio e il riconoscimento normativo anche per la sede dibattimentale, di tecniche di audizione protetta¹⁵.

La l. 15/2/1996 n. 66 rubricata: "Norme contro la violenza sessuale" prevede una serie di disposizioni processuali e sostanziali che evidenziano la costante preoccupazione del legislatore di tutelare la personalità del minore e facendo in modo che le esigenze probatorie e processuali non vadano a discapito degli interessi del minore: ebbene la legge ha ridisegnato le condotte di abuso sessuale che nel codice del 1930 erano previste tra i reati contro la moralità pubblica e il buon costume, collocandole nei reati contro la persona (art. 609-*bis* c.p. e ss.), abbandonando la distinzione tra violenza mediante congiunzione carnale e atti di libidine violenti e di conseguenza l'indifferenza della punizione e un innalzamento della pena.

L'art. 13, 1° comma, della legge n. 66/1996 ha introdotto all'art. 392 c.p.p. il comma 1-*bis*, con cui si consente l'attivazione

¹⁵ L. Scomparin, La tutela del testimone nel processo penale, Cedam, Padova, 2000, pag. 299

dell'incidente probatorio nell'assunzione della testimonianza del minore, a richiesta del pubblico ministero o della persona sottoposta ad indagine, nei procedimenti per i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* c.p.

Si è ampliato l'ambito di applicabilità dell'incidente probatorio anche se limitatamente ai minori di sedici anni e ai delitti a sfondo sessuale. *La ratio* sembra essere quella di rendere residuale per il minore la partecipazione alla fase dibattimentale del processo per salvaguardarlo dall'esperienza processuale su fatti drammatici come quelli della violenza sessuale. Con tale norma si è avuto un contemperamento delle esigenze processuali assicurando comunque al processo l'assunzione del minore.

Sempre in ragione della tutela delle esigenze del minore l'art. 14 comma 2 l. n. 66/1996, ha introdotto il comma 5-*bis* all'art. 398 c.p.p., in deroga al regime ordinario di espletamento dell'incidente probatorio, stabilendo che nel caso di indagini sempre per gli stessi reati, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minori di sedici anni, il giudice delle indagini preliminari con ordinanza possa stabilire luogo, tempo e modalità particolari di esperimento dell'incidente probatorio, potendo l'udienza svolgersi anche in luogo diverso dall'aula del tribunale, quando le esigenze del minore lo rendano necessario ed opportuno; dovendosi, inoltre, avvalersi obbligatoriamente delle forme di documentazione in via integrale con mezzi di riproduzione fonografica e audiovisiva.

L'innovazione, infatti, risponderebbe all'esigenza di acquisire il contributo probatorio che il minore può offrire nell'immediatezza dei fatti, onde evitare il pericolo che il minore rimuova dalla memoria il ricordo di episodi traumatici, e il pericolo che la persona minorenni, data la sua potenziale labilità psichica, possa subire dei condizionamenti volti ad impedire la deposizione o ad attentare

alla sua genuinità.

Il legislatore del 1996, tuttavia, non è intervenuto normativamente ad evitare che il minore, esaminato in incidente probatorio, potesse essere successivamente escusso anche in sede dibattimentale¹⁶. Soltanto con l'introduzione del comma 1-*bis* nel corpo dell'art. 190-*bis* c.p.p. ad opera dell'art. 13 comma 2 della legge 3 agosto del 1998 "Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù" si è limitato l'esame dibattimentale del minore già sentito in incidente probatorio originariamente al solo caso in cui il giudice lo avesse ritenuto assolutamente necessario e, quindi, a seguito della modifica del 1° comma dell'art. 190 c.p.p. ad opera dell'art. 3 della legge n. 63/01, ai casi in cui l'esame stesso riguardi fatti o circostanze diverse da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni, ovvero l'assunzione della testimonianza dibattimentale sia ritenuta dal giudice o da taluna delle parti assolutamente necessaria sulla base di specifiche esigenze.

In seguito, la legge n. 269/98 ha modificato il comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. e il comma 5-*bis* dell'art. 398 c.p.p., estendendo la disciplina che la legge del 1996 aveva previsto solo per i delitti di violenza sessuale anche ai procedimenti per l'accertamento del delitto di prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.) di pornografia (art. 600-*ter* c.p.) e iniziative turistiche della prostituzione (art. 600-*quinquies* c.p.).

16 S. SAU, L'incidente probatorio, Cedam, Padova, 2011, pag. 145

CAPITOLO II

Le prime fasi del procedimento

Sommario: 1. Ascolto del minore nelle indagini preliminari prima della legge n. 172/2012. – 1.1. Novità apportate dalla legge n.172/2012.- 2. La figura dell'esperto.- 2.1. Conseguenze processuali di audizione effettuata in assenza dell'esperto.- 2.2. Qualifica processuale dell'esperto.- 2.3. Livello soggettivo e oggettivo di applicabilità della presenza dell'esperto nelle indagini preliminari.- 3. Attività investigativa del pubblico ministero e quella della polizia giudiziaria.- 3.1. *Notitia Criminis* e Protocolli guida per l'ascolto.- 3.2. L'esperienza Toscana.- 4. Indagini preliminari vs incidente probatori.- 5. Assunzione di sommarie informazioni da parte del difensore.

1. Ascolto del minore nelle indagini preliminari prima della legge n.172/2012.

L'ordinamento italiano è stato per molto tempo caratterizzato da un'assoluta mancanza di previsioni specializzanti, che si riferissero all'assunzione delle dichiarazioni di un minore nella fase dell'indagine preliminare; forme di tutela nei confronti di tali soggetti erano invece previste, con l'assunzione anticipata delle dichiarazioni in incidente probatorio e nel dibattimento.

Tale carenza era resa più pesante dal fatto che il primo momento di incontro fra il giovane e il meccanismo processuale poteva non avvenire in questi due momenti, anzi era altamente probabile che il minore venisse sentito in prima battuta proprio dall'autorità preposta all'audizione (pubblico ministero, polizia giudiziaria, ma anche difensore) nella fase delle indagini preliminari, in qualità di

“persona informata sui fatti” o di “persona che può riferire circostanze utili ai fini delle indagini”.

L'assenza di modalità particolari di espletamento dell'atto a tutela della personalità del minore in fase di indagini preliminari, comportava che l'assunzione della deposizione venisse svolta a discrezione dell'autorità inquirente, la quale istituzionalmente non riveste il ruolo di terzo garante imparziale ed opera in una tendenziale libertà di forme e di quesiti sottoponibili; inoltre i luoghi presso cui si svolgeva l'audizione, (i locali della polizia o gli uffici della procura) non erano assolutamente idonei a garantire la serenità del minorenne, così come non lo era la presenza di personale addetto alla verbalizzazione delle dichiarazioni.

Isingoli investigatori erano, dunque, privi sia di vincoli sia di risorse, spesso chiamati ad utilizzare per i minorenni informati sui fatti gli stessi schemi operativi previsti per gli adulti ¹⁷.

Nella prassi applicativa, a fronte di questo inspiegabile silenzio normativo, emerse progressivamente l'esigenza di estendere, in via interpretativa, le previsioni dedicate all'esame dibattimentale del minore a tutte quelle ipotesi in cui il minore venisse ascoltato dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, ritenendo la disposizione dell'art. 498 comma 4 c.p.p. finalizzata alla tutela di interessi di carattere generale, quali: la tutela della particolare sensibilità del minore, la serenità del teste e, inoltre, la sua attendibilità, come si evince dalla possibilità di avvalersi dell'ausilio di un familiare o di un esperto in psicologia infantile per evitarne la suggestionabilità del minorenne¹⁸.

Questo primo orientamento fu avvalorato dalla Cassazione¹⁹, la

¹⁷ C.Cesari, "Il minore informato sui fatti" nella legge n.172/2012, in Riv. it. dir. e proc. pen, 2013, pag. 159

¹⁸ L. Scomparin, La tutela del testimone nel processo penale, cit., pag. 293-298

¹⁹ Cass. pen., Sez. II, 1 giugno 1995, Imbesi, in Dir. pen. proc.,1995, pag.1144; Cass. pen., Sez. I, 21 febbraio 1997, Mirino, n. 2690, in Cass. pen., 1998,

quale ritenne che le stesse formalità, circa la presenza del genitore all'esame del minore, regolate fino a quel momento solo per la fase dibattimentale, potessero essere adottate anche nelle altre fasi processuali e che non ci fosse alcun motivo per limitare la presenza del genitore al solo dibattimento.

Ratio di una simile scelta era proprio l'esigenza di presidiare la personalità del minore. Tale soluzione, però, non è parsa sufficiente a neutralizzare il rischio di dispersione o di manomissione del patrimonio cognitivo del minore, per vari motivi tra cui:

- 1) il fatto che l'intervento dei familiari o dell'esperto in psicologia infantile sia facoltativo nell'art. 498 comma 4 c.p.p, modulabile, di volta in volta, in base al grado di maturità del minore. Inoltre i genitori sono spesso potenziali portatori di un'elevata capacità di suggestione nei confronti del giovane testimone, e non sempre dalla loro presenza il minore trae vantaggio, dal momento che questi spesso tendono ad iperproteggerlo, con conseguenze controproducenti;
- 2) le influenze di chi indaga, possono risultare ancor più penetranti in quanto si collocano all'interno di un'attività finalisticamente orientata;
- 3) il fatto che il modello dell'art. 498 c.p.p non sia facilmente esportabile alla fase delle indagini preliminari, dal momento che è una disposizione di carattere speciale, derogatoria della disciplina ordinaria di formazione della prova, quindi non è possibile che venga estesa l'applicabilità a contesti processuali privi di autonoma regolamentazione e qualificati da funzioni e finalità diverse²⁰.

La fase del dibattimento è orientata all'acquisizione di saperi

pag. 2419

²⁰ F. Siracusano, Indagini difensive e "persona informata" di minore età, in A.A.V.V., Il minore fonte di prova nel processo penale, a cura di C.Cesari, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 83-85

spendibili per la decisione, mentre la fase dell'investigazione ha funzione conoscitiva dell'indagine e, sotto molti punti di vista è deformalizzata: grazie a ciò, è consentita una maggiore libertà all'inquirente, il quale punta più ad acquisire il maggior numero di informazioni che a garantire un elevato standard di affidabilità delle stesse; nella fase del giudizio, invece, il metodo deve essere anche garanzia del risultato e le modalità di ascolto dovranno sacrificare piuttosto la quantità delle informazioni a vantaggio della loro attendibilità²¹.

1.1. Novità apportate dalla legge 172/2012.

La legge del 1°ottobre del 2012 n.172 interviene a colmare il vuoto normativo esistente nella fase delle indagini preliminari. Come precedentemente detto, la legge dà attuazione alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dall'abuso sessuale (c.d. Convenzione di Lanzarote).

La legge italiana in commento contiene modifiche al codice penale e un pacchetto di norme processuali tra cui spicca l'art. 5 lett.c) d) ed f), il quale introduce negli articoli 351, 362 e 391-*bis* c.p.p. l'obbligo rispettivamente, per la polizia giudiziaria, per il pubblico ministero e per il difensore di avvalersi dell'ausilio dell'esperto in psicologia, o psichiatria infantile, in caso di assunzione di sommarie informazioni da persone minori informate sui fatti, purché questi siano testimoni o vittime dei reati di pedofilia, pedopornografia, vittime di tratta di esseri umani, ponendosi sia l'obiettivo di tutelare i minori con modalità che preservino il dichiarante da tensioni eccessive, magari non necessarie, sia

²¹ G. Giostra, La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità, in Riv. it. dir. e proc. Penale, 2005, pag. 1021

quello di garantire l'attendibilità, dato l'elevato rischio di ansie, dolori, paure, vergogna che producono nel potenziale testimone reazioni di rigetto degli eventi con conseguente rischio di versioni fantastiche dei fatti, sino al rifiuto di rispondere²².

Nel caso in cui il minore informato sia anche vittima del reato, il legislatore del 2012 ha introdotto specifiche forme di sostegno modificando l'art. 609-*decies* c.p.: l'articolo, già precedentemente al suo primo comma prevedeva l'assistenza psicologica o affettiva della persona offesa minorenne attraverso la presenza dei genitori o di altra persona idonea indicata dal minore in ogni stato e grado del procedimento; con l'intervento in questione, si è ulteriormente rinforzata la tutela, affiancando ai predetti soggetti anche "i gruppi, le fondazioni, le associazioni od organizzazioni non governative di comprovata esperienza nel settore dell'assistenza e del supporto alle vittime di reati di cui al primo comma dell'art. 609-*decies* c.p. e iscritti in un apposito elenco dei soggetti legittimati a tale scopo, con il consenso del minorenne, e ammessi dall'autorità giudiziaria che procede".

L'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p. si può considerare la norma "capostipite", perché contiene in dettaglio l'elenco di tutti i reati in materia sessuale nei cui procedimenti le informazioni devono essere assunte dal minore in presenza di un professionista psicologo o psichiatra infantile. Le norme successive, di cui gli artt. 362 comma 1-*bis* e 391-*bis* comma 5-*bis* c.p.p. fanno rinvio ai delitti menzionati dall'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p. e quindi, indirettamente, a quel medesimo catalogo.

Quest'ultimo ricomprende i delitti di sfruttamento sessuale di minori (artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*. 1 e 600-*quinquies* c.p.), tratta di persone (artt. 600, 601 e 602 c.p.), violenza sessuale

²² C. Cesari, Il minore informato si fatti nella legge n.172/2012 , cit., pag. 161

(artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* c.p.) e adescamento di minorenni (art. 609-*undecies* c.p.).

Non vengono inseriti nell'elenco dell'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p., i reati di cui all'art. 572 c.p. (maltrattamenti contro familiari e conviventi) e all'art. 612-*bis* c.p. (atti persecutori), fattispecie queste non specificatamente riguardanti minorenni, ma nel cui ambito potrebbe presentarsi l'utilità o la decisività di sentire delle persone minori nel corso delle indagini preliminari. Neppure il reato di nuovo conio, di cui all'art. 416 comma 7 c.p., introdotto sempre dalla stessa legge, è stato annoverato tra quelli per i quali è prevista come obbligatoria l'assistenza dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile.

La previsione dell'obbligatorietà dell'esperto o del familiare, come precedentemente detto, era prevista solo per il dibattimento dall'art. 498 comma 4 c.p.p. ma a differenza dell'ipotesi di quest'ultimo, la legge n. 172/2012 prevede l'intervento dell'esperto di psicologia (o psichiatria) infantile, da un lato, come obbligatorio e non rimesso alla discrezionalità di chi procede all'esame, ma, dall'altro, tale obbligo non è previsto in tutti i casi in cui si debba procedere all'ascolto di un minore, ma solo per alcuni delitti in materia sessuale. Questa previsione appare piuttosto importante: non solo si garantisce che il contatto del minore con persone appartenenti al mondo della giustizia avvenga sotto l'egida dell'esperto, ma, per di più, si rende tale meccanismo obbligatorio nella fase, spesso piuttosto lunga, che precede l'avvio del processo²³.

La presenza dell'esperto al colloquio è solo uno dei tasselli di un assetto di garanzie più articolato dalla Convenzione di Lanzarote,

23 P. De Martino, Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote e tutela dei minori vittime del reato durante le indagini preliminari: brevi considerazioni alla luce della nuova Direttiva 2012/29/UE, 9 gennaio 2013, www.diritto penale contemporaneo.it

la quale all'art. 35, reca il catalogo di interventi a protezione dei minorenni:

- a) i colloqui con il bambino abbiano luogo senza alcun ritardo ingiustificato, dopo che i fatti siano stati segnalati alle autorità competenti;
- b) i colloqui con il bambino abbiano luogo, ove opportuno, presso locali concepiti o adattati a tale scopo;
- c) i colloqui con il bambino vengano condotti da professionisti addestrati a questo scopo;
- d) nei limiti del possibile e, ove opportuno, il bambino sia sempre sentito dalle stesse persone;
- e) il numero dei colloqui sia limitato al minimo strettamente necessario nel corso del procedimento penale;
- f) il bambino possa essere accompagnato dal suo rappresentante legale.

L'art. 35 della Convenzione di Lanzarote prevede inoltre, al secondo comma, che i colloqui con la vittima o bambino testimone dei fatti, siano oggetto di registrazioni audiovisive, e tali registrazioni possano essere accettate come prova durante il procedimento penale.

Il nostro legislatore non ha ottemperato a tutto il disposto convenzionale anzi, in riferimento a questo catalogo, il legislatore sembra aver operato una selezione, dando attuazione soltanto al punto che prevede l'assistenza di un esperto durante i colloqui con il minore e non prevedendo l'obbligatorietà di una modalità procedurale che riveste, a parere degli esperti della testimonianza del minore, importanza fondamentale: la videoregistrazione del colloquio. Ad oggi, purtroppo, tale regola non può dirsi obbligatoria in tutti i casi di ascolto del minore: essa è prevista come modalità obbligatoria solo per l'audizione del minore vittima di "reati

sessuali” in incidente probatorio (art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.: «le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di produzione fonografica o audiovisiva»), mentre rimane una modalità facoltativa per l’audizione dibattimentale (art. 498 comma 4-*bis* c.p.p.: «Si applicano se una parte lo richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario, le modalità di cui all’art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.»).

Nessuna forma di videoregistrazione è previsto per l’audizione del minore durante la fase delle indagini preliminari, momento delicatissimo e, come si è già detto, spesso determinante per l’esito del processo, ove viene lasciata all’assoluta discrezionalità o sensibilità del singolo pubblico ministero o della polizia giudiziaria la scelta della modalità di documentazione dell’audizione.

Questa mancanza è stata dalla dottrina²⁴ molto criticata, poiché si ritiene che, dalla visione della videoregistrazione dell’esame del ragazzo, sia comunque possibile pervenire ad un giudizio circa le modalità, corrette o suggestive, con cui è stato condotto l’esame.

La legge italiana non ha attuato neanche la previsione della possibilità di contenere il numero delle audizioni del minore, esposto spesso, per la raccolta di sommarie informazioni, a più colloqui, alla quantità dei quali, teoricamente non vi è limite e che possono essere tenuti da più soggetti (inclusi i difensori), ciascuno più di una volta nell’arco del procedimento. Si sottolinea, inoltre, il fatto che tali audizioni, anche se effettuate avvalendosi di esperti,

24 C.Cesari, Il minore informato si fatti nella legge n.172/2012, pag. 174; C. Santoriello, La presenza dell’esperto nell’esame testimoniale del minore: dalla Convenzione Lanzarote alla confusione del legislatore italiano, in Arch. pen., rivista on-line, 2013, n.2, pag. 16-17; S. Recchione, Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione Lanzarote, 8 marzo 2013, pag. 20, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; A.M. Capitta, Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote, cit., pag. 8, sostiene che a tutela della serenità del minore, la legge avrebbe dovuto anche prevedere l’uso di vetro specchio unidirezionale.

non sono meno vessatorie: la rievocazione ripetuta di fatti dolorosi produce stress di per sé; cosicché l'intento della norma della Convenzione, di evitare al bambino la ripetizione seriale di un racconto angosciante, non può dirsi raggiunta con la legge n. 172/2012²⁵.

2. La figura dell'esperto.

L'art. 35 lettera c) della Convenzione stabilisce che le audizioni del minore siano condotte da professionisti formati a tal fine; il nostro legislatore ha dato attuazione a tale indicazione prevedendo, appunto, la presenza dell'esperto già qualificato, piuttosto che scegliere la strada della specializzazione interna, ovvero dell'affidamento delle audizioni dei minori a magistrati del p.m. ad ufficiali della p.g. adeguatamente formati allo scopo²⁶.

Il legislatore, però, oltre a non fornire indicazioni circa le modalità dell'affiancamento, non precisa neanche la qualifica processuale dell'esperto e nulla dice in ordine alle conseguenze processuali di un'audizione effettuata in sua assenza.

Dinnanzi a un tale silenzio, si è proceduto per via interpretativa, e, partendo dal dato lessicale delle disposizioni degli artt. 351 comma 1-ter, 362 comma 1-bis e 391-bis comma 5-bis c.p.p., si afferma semplicemente che, quando occorre assumere sommarie informazioni da persone minori, ci «si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile»²⁷, nominato dal pubblico ministero o scelto dal difensore, senza precisare a quale

25 C.Cesari, Il minore informato sui fatti nella legge n.172/2012, cit., pag. 172

26 S. Recchione, Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione Lanzarote, cit., pag. 4

27 C. Cesari, Il minore informato sui fatti nella legge 172/2012, pag.163; N. Pascucci, La Cassazione ci ripensa: è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile per sentire la "persona informata"minorenne, in Cass. pen., settembre 2014, n.09, pag. 2980-2981

titolo tale soggetto debba partecipare, quale debba essere la sua funzione e quale contributo possa e ci si debba aspettare da lui.

L'espressione, a detta degli interpreti, non sembra lasciar spazio a valutazioni discrezionali dell'organo che procede; di conseguenza la presenza dell'esperto sarebbe obbligatoria, in effetti, messa a confronto con la diversa soluzione lessicale utilizzata dall'art. 498 comma 4 c.p.p., ove, in riferimento al giudice, si dice che costui «può avvalersi», emerge come quest'ultima assegna al giudice un potere discrezionale nel prevedere l'ausilio dell'esperto al suo fianco.

Si sostiene che la differente espressione trovi giustificazione in considerazione dell'organo che conduce l'escussione del minorenni: al giudice, organo per definizione imparziale, possono ragionevolmente concedersi ambiti di manovra maggiori che sono preclusi alle parti, poiché con il primo non si corre il rischio di omessa attivazione di cautele apprestate dall'ordinamento a garanzia della genuinità del contributo narrativo, rischio che sembra, invece, profilarsi quando ad acquisire le dichiarazioni del minorenni, provveda il pubblico ministero, la polizia giudiziaria o il difensore; per questo motivo il legislatore sembra, in questi casi, aver utilizzato la locuzione più stringente che configura la presenza dell'esperto come doverosa.

2.1. Conseguenze processuali di audizione effettuata in assenza dell'esperto.

La legge n. 172/2012 non fornisce riferimenti attinenti alla sanzione da applicare nel caso in cui l'assunzione delle sommarie informazioni del minorenni da parte del p.m. o della p.g. avvenga senza la presenza dell'esperto, prevedendo, invece,

espressamente, la loro inutilizzabilità nel caso in cui ad assumerle sia il difensore.

Il legislatore, infatti, ha imposto rigorosamente l'ausilio dell'esperto alla difesa e solamente consigliato al magistrato inquirente e ai suoi coadiutori; questi ultimi sembrano destinatari di fiducia da parte del legislatore, convinto della loro capacità di adeguarsi spontaneamente alla norma, e che invece, lo stesso autore della legge sia sfiducioso nei confronti dei difensori tanto da rendere privi di qualsiasi credibilità la deposizione raccolta da questi senza la presenza dell'esperto. Il legislatore non ha tenuto conto del fatto che, oltre a trattarsi di una disparità di trattamento, lesiva dell'art. 3 della Costituzione, si presenta anche il rischio di una disattenzione generalizzata da parte del p.m. e della p.g.

Al fine di superare questa disparità di trattamento generata dalla norma, alcuni ritengono che la sanzione debba essere quella dell'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p., che è lo schema normativo di riferimento per il compimento illegittimo dell'atto di indagine, vietando l'assunzione dell'atto in forme diverse da quelle prescritte, uniche deputate ad assicurare lo *standard* di genuinità²⁸.

Altri autori²⁹ sono, invece, del parere che la prova raccolta senza la necessaria presenza dell'esperto non sia inutilizzabile, ma che, nel caso in cui si verifichi tale evenienza, si dovrà procedere alla valutazione della genuinità delle dichiarazioni, con particolare attenzione alla valutazione dell'attendibilità della testimonianza.

Sull'argomento è intervenuta la Corte Suprema di Cassazione³⁰, che pare aver ridimensionato la portata dell'affiancamento

28 C.Cesari, Il minore informato sui fatti nella legge 172/2012, cit., pag. 165-166; L.Suraci, L'audizione delle persone minorenni nell'ambito delle investigazioni difensive, in Dir. pen. e proc., n. 8, 2014, pag. 997

29 S. Recchione, Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote, cit., pag.16; C. Santoriello, La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore, cit., pag. 19

30 Cass. pen., Sez. IV, 12 marzo 2013, n. 16981, F., CED 254943

dell'esperto escludendo che l'ausilio dell'esperto di cui all'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p. sia obbligatorio, affermando che si tratta di una mera cautela cui la polizia giudiziaria o il pubblico ministero possono far ricorso, se necessario, per assicurare l'attendibilità del teste.

A questo riguardo, la Cassazione rileva, infatti che l'assenza dell'esperto non è sanzionata dal legislatore con la previsione della nullità dell'esame o dell'inutilizzabilità della dichiarazione del teste, non costituendo, l'ausilio dell'esperto una modalità obbligatoria, in quanto essa discende da una scelta discrezionale rimessa agli organi investigativi, in armonia con la necessaria duttilità delle indagini. Spetta a questi, rileva la Suprema Corte, decidere congiuntamente se ricorrere all'esperto in funzione di garante dell'attendibilità dell'esame del minore. E questa specifica funzione di garanzia che la Cassazione assegna all'esperto induce a ritenere che gli inquirenti si orienteranno nel senso di avvalersi del supporto dello specialista quando appare prevedibile, avuto riguardo a specifici indicatori (quali l'età del minore, la gravità del fatto e/o il contesto in cui esso è avvenuto, la criticità dei rapporti interpersonali nella comunità dove il minore vive o dove il fatto è avvenuto, la presenza di patologie psichiche) che l'attendibilità dell'esame possa essere in futuro messa in discussione o contestata. Tuttavia si può sostenere che l'assenza di una previsione *ad hoc* di inutilizzabilità non è da ritenere inappropriata, poiché se così non fosse, si rischierebbe, da una parte, di sterilizzare indiscriminatamente le informazioni ogniquale volta l'esperto non abbia partecipato (ad esempio, non si ravvisa la necessità di rendere nulla la testimonianza di un minorenne di quasi 18 anni, dotato di una personalità già strutturata e che abbia saputo opporre adeguate resistenze alle suggestioni degli

inquirenti e reso dichiarazioni favorevoli all'indagato); comportando talora, come probabile esito dell'inutilizzabilità, se prevista normativamente, un vantaggio per il trasgressore. Questo vale anche nel caso in cui manchi l'esperto ma l'audizione si sia svolta secondo i canoni di piena correttezza metodologica: sarebbe decisamente irragionevole non poter utilizzare le dichiarazioni rilasciate dal minore suddetto, mentre si ritiene più corretto consentire all'autorità procedente di poter dimostrare di non aver adottato tecniche di intervista aggressive o oppressive nei riguardi del minore.

D'altra parte, l'inquirente, e a maggior ragione, il difensore spregiudicato, potrebbero ricorrere a domande suggestive che consapevolmente comportino pregiudizio irreversibile sulla fonte vulnerabile, orientandone consapevolmente i futuri contributi dichiarativi in dibattimento o in incidente probatorio: in questo caso l'inutilizzabilità delle sommarie informazioni raccolte potrebbe non rappresentare un deterrente così appropriato da sottrarre a quella condotta elusiva qualsiasi "appetibilità"; qui la soluzione preferibile sarebbe quella di escludere l'utilizzo non solo delle sommarie informazioni, ma anche della prova dichiarativa acquisita in incidente probatorio o in dibattimento, sulla cui genuinità quelle modalità potrebbero aver irrimediabilmente inciso³¹.

2.2. Qualifica processuale dell'esperto.

La norma tace sui dettagli operativi del supporto dell'esperto e l'interpretazione prevalente³² è quella di non qualificarlo come

31 C. Gabrielli, La partecipazione dell'esperto all'audizione del minore come cautela facoltativa: una discutibile lettura di una disciplina ancora inadeguata, in Riv. di dir. e proc. pen., fasc.1, gennaio-marzo 2014, pag. 389

32 C. Cesari, Il minore informato sui fatti, cit., pag. 178, per il quale l'esperto non è assimilabile al perito e al suo "gemello" in fase di indagini, i quali esprimono un giudizio tecnico scientifico che è di per sé un risultato conoscitivo, ma è

“ausiliario” in senso tecnico, in quanto, con questo aggettivo si qualifica il cancelliere, o un altro funzionario assimilato, che svolge attività di segretario o assistente del giudice.

Dall'espressione “ausilio”, unitamente alla lettura degli artt. 362, 351 e art. 391-*bis* c.p.p., se ne trae che nessuno di questi consente all'esperto di raccogliere le dichiarazioni senza la presenza dei titolari del potere di indagine, e se invece ciò avviene, queste sono inutilizzabili nel giudizio di merito e hanno limitata utilizzabilità in ambito endoprocedimentale (art. 228 comma 3 c.p.p): il fatto che l'ausilio sia obbligatorio non può essere interpretato come introduzione di un nuovo soggetto processuale legittimato a raccogliere elementi di prova dichiarativa³³.

Il ruolo dell'esperto è, piuttosto, più correttamente inquadrabile come supporto all'organo di indagine, da cui, volta per volta, è chiamato con funzioni tipiche del mediatore linguistico, dunque non con il compito di riferire circa la credibilità del minore, ma con quello di gestire e adeguare i differenti linguaggi in modo che i soggetti si possano comprendere, di suggerire quale approccio assumere con il minore, di consigliare quali domande evitare e quali aspetti della vicenda approfondire, agevolando, così, l'assunzione dell'atto in maniera proficua e, nel contempo, abbattendo i rischi di vittimizzazione secondaria, al fine di evitare al minore vessazioni inutili e manipolazioni fraudolente.

Mancano criteri orientativi che stabiliscano quando sia meglio ricorrere alla figura dello psicologo piuttosto che a quella dello

piuttosto un operatore di supporto; secondo C. Santoriello, La presenza dell'esperto, cit., pag. 5, la figura dell'esperto è quella di tramite tra il giudice e la presunta vittima facilitandone l'audizione al fine di rendere la disposizione pienamente utilizzabile per la decisione finale; A. M. Capitta, Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote, cit., pag. 7: il professionista traduce le domande del giudice in un linguaggio comprensibile al minore.

33 S. Recchione, Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica, cit., pag. 6

psichiatra infantile³⁴: l'unico plausibile pare essere il tipo di approccio scientifico di cui si ha bisogno nel caso di specie, anche tenendo conto dell'età del minore coinvolto, del tipo di vicenda criminosa per cui si procede, del grado e del tipo di coinvolgimento del bambino in essa. Valutazioni che sono lasciate alla discrezionalità degli operatori: è opinione accreditata, comunque, che non sia sufficiente essere in possesso di una laurea non seguita da esperienze professionali significative nel settore, sia in strutture pubbliche che nell'esercizio privato dell'attività professionale, resta inoltre indeterminato di quanti anni di attività debba essere costituita un'esperienza sufficiente, in quale campo specifico debba essere svolta³⁵.

2.3. Livello soggettivo e oggettivo di applicabilità della presenza dell'esperto nelle indagini preliminari.

La presenza dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile ha una sfera applicativa ampia che interviene ogniquale volta venga sottoposto ad esame un minorenne, quale che sia la sua condizione, la sua maturità, il suo grado di partecipazione ed interesse alla vicenda per cui si procede e indipendentemente dalla sua età: è, infatti, irrilevante che il teste abbia 3 anni o manchino pochi mesi al raggiungimento della maggiore età.

Alcuni Autori³⁶, però, muovendo dal presupposto dell'obbligatorietà

34 C. Cesari, "Il minore informato sui fatti", cit., pag. 177, secondo cui la legge dice che l'ausilio deve provenire da un esperto in psicologia o psichiatria "infantile" ma si deve più propriamente parlare di specialista in psicologia dell'età evolutiva perché non tutti i minori sono infanti; per lo psichiatra il richiamo è più correttamente alla neuropsichiatria infantile, branca della disciplina che si riferisce ai bambini e adolescenti

35 C. Cesari, Il minore informato sui fatti, cit., pag. 177

36 C. Cesari, Il minore informato sui fatti nella legge 172/2012, cit., pag. 171; C. Santoriello, La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore, cit., pag. 7-8; S. Recchione, Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della

tout court dell'intervento dell'esperto, ne hanno evidenziato l'inopportunità, con riferimento ai casi in cui l'esame investa i c.d. minori adulti, vale a dire giovani adolescenti che non presentano profili di personalità problematici, e hanno rilevato che in tali casi la presenza di un esperto potrebbe apparire inutile o addirittura dannosa, quando per esempio occorre procedere con urgenza all'esame del ragazzo e si incontrino difficoltà nell'immediata reperibilità di uno specialista, con il conseguente rischio di ritardare un esame ritenuto urgente.³⁷

Riguardo alla tipologia di reati, l'art. 351 comma 1-*ter* e l'art. 362 comma 1-*bis* c.p.p, come più volte detto, stabiliscono che durante le indagini preliminari la polizia giudiziaria e il pubblico ministero si avvalgano dell'ausilio dell'esperto psicologo o psichiatra infantile per i delitti di sfruttamento sessuale di minori, riduzione in schiavitù e tratta di persone, quelli di violenza sessuale, adescamento di minorenni; con questa specificazione di reati, sembra quasi che il legislatore ritenga che il minorenne sia suggestionabile solo quando viene esaminato con riferimento a tali vicende, mentre la sua deposizione sembra acquisibile senza alcuna problematicità quando il titolo del reato per cui si procede è diverso. Ne deriva la conseguenza assurda di una disparità di trattamento, per cui, ad esempio ci sarà una tutela psico-emotiva garantita dalla presenza dell'esperto nel caso in cui un minore debba riferire di un episodio di toccamenti, ad esempio subiti da una sua amica da parte di un adulto, mentre ne sarà privo se sentito quale teste di un brutale omicidio a cui ha assistito³⁷. Un passo in avanti consistente nell'ampliamento di questa categoria anche a reati diversi da quelli a sfondo sessuale lo si deve alla legge sul contrasto della violenza di genere (legge 15/10/2013 n.119) che ha inserito i reati di

Convenzione Lanzarote, cit., pag. 18

37 C. Santoriello, La presenza dell'esperto, cit., pag. 6

maltrattamento in famiglia ed il c.d. *stalking* (art. 572 e 612-bis c.p.).

3. Attività investigativa del pubblico ministero e quella della polizia giudiziaria.

L'anticipazione dell'intervento dell'esperto alla fase delle indagini appare estremamente opportuna, perché la raccolta delle prime rivelazioni rese in occasione del primo contatto con il procedimento penale, è fondamentale, ma, allo stesso tempo, delicatissima. Se non gestita in modo appropriato, se compiuta con domande suggestive che presuppongono o contengono la risposta, o con domande che sollecitino il desiderio, tipico dei minori più piccoli di accontentare l'adulto interlocutore, ovvero con domande aggressive o colpevolizzanti, essa può cagionare danni irreparabili e compromettere definitivamente la valenza probatoria delle dichiarazioni che il minore renderà quando verrà sentito nelle fasi processuali successive nonché l'esito dell'intero processo³⁸.

La raccolta di tali dichiarazioni richiede, insomma, competenze specifiche, che consentano di entrare in empatia con il minore e di acquisire informazioni dal teste senza induzioni e senza suggestioni e che utilizzino una tecnica di esame che parte dal generale per poi proseguire con domande specifiche, acquisendo non solo il racconto del fatto, ma anche gli elementi di contorno, utili a saggiare l'attendibilità del minore.

Anche nei casi di audizione urgente, il pubblico ministero dovrà provvedere alla nomina ed al conferimento del relativo incarico,

³⁸ Anche la giurisprudenza ritiene il minore di età, specialmente se bambino, particolarmente suggestionabile, e vieta a tutti i soggetti che intervengono nell'esame di porre al testimone minorenni domande suggestive, così Cass. pen., Sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7373, CED 252134.

non essendo infrequenti i casi in cui per effettuare l'identificazione dell'autore del reato occorrerà escutere la giovane vittima nell'immediatezza dei fatti. La legge n. 172/2012 nulla dice sulle modalità per reperire l'esperto, lo scenario prevedibile è, quindi, l'istituzione di un elenco di esperti "reperibili", da cui il pubblico ministero possa attingere per conferire l'incarico urgente. È ragionevole che tale nomina possa essere effettuata oralmente dal pubblico ministero di turno: traccia scritta della nomina resterà nelle annotazioni di polizia giudiziaria che descriveranno le prime fasi dell'attività investigativa³⁹.

La previsione dell'art. 35 lett. d) della Convenzione di Lanzarote stabilisce che, nei limiti del possibile, il minore sia sentito sempre dalle stesse persone e che sia evitato la nomina di esperti per singoli atti: l'esperto nominato dal p.m. per l'ascolto del minore nelle indagini dovrà essere lo stesso anche nelle successive eventuali audizioni operate dalla stessa parte.\\

Il nostro codice all'art. 225 comma 3 c.p.p., invece, vieta che possa essere nominato perito chi nello stesso processo ha svolto il ruolo di consulente di parte, perciò l'audizione del minore in incidente probatorio o in dibattimento non potrà essere condotta dallo stesso esperto che ha assistito la polizia giudiziaria o il p.m. nelle indagini. La necessità di evitare plurime nomine in sede di indagini per atti di audizione compiuti dall'autorità inquirente impone, inoltre, che qualora l'esperto sia stato inizialmente nominato solo per assistere l'investigatore nella audizione del minore e si presenti in seguito la necessità di allargare l'incarico anche ad una indagine psicologica sulla capacità a recepire le informazioni e a riprodurre fedelmente i ricordi, dovrà preferirsi l'estensione dell'originario incarico all'esperto già nominato.

39 S. Recchione, *Le dichiarazioni del minore*, cit., pag. 9

Questi sono accertamenti finalizzati all'apprezzamento della capacità a testimoniare con cui il perito acquisisce elementi conoscitivi in merito all'eventuale esistenza di alterazioni psichiche che possono aver inciso sulla capacità di memorizzare gli accadimenti e di percepire di conseguenza la realtà o apprezzare il significato delle situazioni proprie dell'esistenza⁴⁰.

Diversamente, qualora si ritenga che l'incarico di mediazione nell'ascolto non sia estensibile, e che il primo tecnico abbia maturato una incompatibilità con il "nuovo" incarico (ai sensi del combinato disposto degli artt. 225 e 222 comma 1 lett. e) c.p.p.), allora verrà nominato un altro specialista.

3.1. *Notitia Criminis* e Protocolli guida per l'ascolto.

Le fonti tramite cui le autorità vengono a conoscenza di uno dei reati di cui art. 351 comma 1-*ter* c.p.p. possono essere molteplici: parenti, insegnanti, altri adulti di riferimento, compagni, i Servizi Sanitari (nel caso in cui il minore, o l'adulto, si siano rivolti al Pronto Soccorso o al medico curante segnalando una possibile violenza sessuale o maltrattamento) l'autorità scolastica, ma possono anche avere notizia dei reati direttamente ex art. 330 c.p.p. Il minore, pertanto, oltre alla persona a cui ha confidato l'abuso verrà in contatto con il personale del Tribunale dei Minorenni, con il p.m. e il suo esperto, con il proprio difensore e con il difensore della

⁴⁰ Gli esiti dell'attività peritale sono utilizzabili solo per valutare l'attendibilità del racconto del minore e non anche per acquisire elementi di conoscenza attinenti alla condotta di reato. La capacità di testimoniare è ben diversa dall'esame sull'attendibilità del racconto, quest'ultimo spetta solo al giudice, che dovrà valutare la veridicità della narrazione offerta. Così come evidenziato dalla giurisprudenza con le sentenze: Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2001, n. 6887, CED 249569; Cas. pen., Sez. III, 20 giugno 2007, n. 35397, CED 237539

controparte. In vista di tutto ciò, per tutelare la salute psico-fisica del minore, occorrerà un coordinamento continuo e stretto tra i diversi soggetti coinvolti, al fine di evitare qualunque pregiudizio per il minore e ad assicurare le cautele di rito per un corretto sviluppo dell'attività istruttoria. Al pubblico ministero è richiesto di coordinarsi con tutti questi soggetti e dovrà tempestivamente comunicare la notizia di reato al Tribunale per i Minorenni, così come previsto dall'art. 609-*decies* c.p. (per i reati di violenza sessuale, di sfruttamento della prostituzione minorile, di pornografia minorile etc.), al fine di stimolare l'eventuale apertura di un procedimento civile a tutela del minore abusato, nonché per tutte le altre eventuali determinazioni di competenza del Tribunale per i Minorenni.

Nelle informazioni che si scambieranno i vari uffici, l'Autorità Giudiziaria specificamente interessata (Procura della Repubblica o Tribunale per i Minorenni) segnalerà le cautele da assumere ai fini della segretezza e dell'efficacia delle indagini preliminari ovvero delle procedure di natura civile in corso (affidamenti familiari riservati, affidamenti preadottivi e adozioni).

Al fine di garantire la rapida consultazione e lo scambio di dati informativi tra i magistrati dei diversi uffici, soprattutto nelle fasi iniziali dell'istruttoria che segue alla presentazione della denuncia o dell'acquisizione della *notitia criminis*, gli uffici interessati si scambiano informazioni mediante trasmissione di copia degli atti rispettivamente compiuti, mantenendo le cautele necessarie, al fine di evitare provvedimenti che possano compromettere le esigenze di indagine (relative all'acquisizione e alla genuinità degli elementi di prova) e, nel contempo, quelle di tutela del minore abusato. Il circuito informativo non dovrà essere limitato alla comunicazione iniziale, ma riguarderà tutte le attività ulteriori

relative a fatti rilevanti e ai provvedimenti emessi.

Come più volte detto, nessun aspetto della nostra normativa precisa quali siano le regole per lo svolgimento del colloquio con il minore, informato o vittima, che devono essere seguite dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria durante la fase delle indagini preliminari, così da tempo nella prassi sono stati elaborati modelli operativi da parte delle diverse Procure e dalle Squadre mobili. Ciò che manca è una previsione legislativa che individui un modello guida, unico e valido per tutti. Tali protocolli sono affiancati anche da studi di psicologia giuridica e di criminologia che hanno da tempo fissato numerose direttive, tra cui le Linee Guida S.I.N.P.I.A. (Soc. Italiana di Neuropsichiatria dell'Infanzia e dell'Adolescenza)⁴¹, le Linee Guida Nazionali per l'ascolto del minore testimone⁴², la Carta di Noto⁴³. Quest'ultima è da considerare come supporto tecnico-metodologico per l'esame del minore in caso di abuso sessuale ed ha la funzione di orientamento nelle fasi del procedimento penale, funzione che, peraltro, avrebbero anche gli altri documenti su citati, i quali, nonostante l'indubbio valore scientifico non hanno efficacia vincolante e sono, di conseguenza, spesso disattesi nella pratica. Questa considerazione vale anche per i documenti più rilevanti, elaborati sullo stesso punto in sede internazionale, che come abbiamo visto, non hanno contenuto normativo ma costituiscono meri suggerimenti diretti a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni del minore e la protezione psicologica dello stesso.

L'ovvia conclusione è che la presenza di un esperto all'audizione del minore non garantisce l'accordo delle parti processuali circa il corretto svolgimento della stessa, dal momento che assai diverse

41 Consultabile su www.sinpia.eu

42 Consultabile su www.scuolasuperoreavvocatura.it

43 Consultabile su www.psicologiagiuridica.eu

sono le metodiche utilizzabili per procedere alla raccolta di tali dichiarazioni e mutevoli sono i criteri in base ai quali giudicare della correttezza dell'approccio e del dialogo fra inquirente e minore, essendo, a loro volta, radicalmente diverse le scuole di pensiero, le prassi operative, i protocolli di intervento che si sono formati e che si stanno ancora confrontando sul punto.

3.2. L'esperienza Toscana.

Nel 2010 la Toscana ha sperimentato per la prima volta il “Codice Rosa”, percorso speciale di accoglienza al Pronto Soccorso, per chi subisce violenza e si trovi in situazioni di debolezza e vulnerabilità, senza distinzione di genere o età.

Il progetto è attuato con una *task force* interistituzionale tra Azienda sanitaria e Procura Generale della Repubblica di Firenze: l'Azienda sanitaria interviene immediatamente fornendo cure mediche e sostegno psicologico a donne, anziani, disabili, omosessuali, immigrati e bambini (soggetti, i quali più facilmente possono diventare vittime di violenza), la Procura della Repubblica e le forze dell'ordine avvertite dall'Azienda Sanitaria si affiancano a questa in un'azione sinergica e tempestiva per registrare tutti gli elementi utili, per avviare le indagini, per monitorare e tenere sotto controllo le situazioni a rischio nei casi di mancata denuncia.

Si prevede inoltre, che ciascuna *task force* interistituzionale, di livello provinciale, operi in stretto raccordo con una rete articolata di soggetti del privato sociale e istituzionali: Comune, Centro Antiviolenza, Centro per il recupero dei soggetti maltrattati e Case rifugio. Il gruppo interforze opera attraverso procedure condivise, che assicurano un corretto repertamento degli elementi di prova

con la redazione di una nuova e più approfondita cartella in grado di fornire dati utili anche all'Autorità Giudiziaria. In questo modo vengono ridotti i tempi di indagine e si attiva la rete territoriale per la presa in carico successiva all'intervento di pronto soccorso.

Al fine di formare correttamente il personale, promuovere le conoscenze, condividere le procedure operative e sviluppare la collaborazione, vengono tenuti incontri su temi specifici rivolti al personale dei gruppi operativi e alle “sentinelle” presenti presso le strutture; in riferimento all'argomento di cui trattiamo, nei mesi di ottobre e dicembre 2013 si sono svolte due giornate formative, la prima sul tema del maltrattamento e degli abusi sui minori e la seconda sulle comunicazioni e relazioni con il soggetto abusato: adulto/minore.

Dal 2014 il Codice rosa è attivo in tutte le Aziende sanitarie e ospedaliere della Toscana e le rispettive procure.⁴⁴

4. Indagini preliminari vs incidente probatorio.

La linea operativa, maggiormente prevalente, per l'acquisizione di informazioni dal minore coinvolto nei procedimenti per i reati di violenza o sfruttamento sessuale nelle indagini preliminari, è quella di sentire la vittima al più presto in incidente probatorio, come suggerisce la stessa Convenzione di Lanzarote; ciò al fine di cristallizzare da subito la testimonianza vulnerabile e non doverla ripetere in giudizio, garantendone così la massima genuinità possibile.

L'audizione anticipata, infatti, implica una maggiore freschezza dei ricordi, dato che:

-riduce i fattori di inquinamento, nel senso che limita il rischio di

⁴⁴ Consultabile su www.regione.toscana.it

suggestioni e interferenze, anche involontarie, nella elaborazione o nella propalazione del ricordo, ad opera di terzi, ai quali il minore ripeta il proprio racconto in sedi extraprocedimentali;

-attenua il rischio di amnesie o ritrattazioni conseguenti a fenomeni di auto-colpevolizzazione del minore, derivanti dalla percezione da parte del bambino o del ragazzo delle reazioni negative (disagio, vergogna, rabbia) che le sue dichiarazioni provocano nei familiari e, in generale, negli adulti di riferimento e, di conseguenza, gli effetti dannosi che esse possono arrecare all'accusato.\\

In linea generale, quindi, si tenderà a sentire il minore in incidente probatorio quanto prima; tuttavia in certi casi l'espletamento dell'incidente probatorio nella prima fase delle indagini può risultare inopportuno e potenzialmente dannoso, dal momento che l'anticipazione del contraddittorio implica la necessaria *discovery* integrale degli atti di indagine, *discovery* che, in alcune situazioni, deve essere evitata, o per una serie di ragioni investigative (per es. intercettazioni in corso) che impongono di ritardare la comunicazione dell'indagine in atto all'esterno e di tenerla, in prima istanza segreta, oppure nei casi in cui vi è l'esigenza di un approccio graduale con il teste minorenni per le particolari difficoltà che egli incontra a far emergere i ricordi; in questi casi è sconsigliabile procedere subito alla raccolta incidentale, mentre è conveniente lasciare al minore il tempo per ricostruire i fatti.\\

Si tratta di casi, come appare evidente, particolari, in cui esigenze specifiche inducono a correre i rischi derivanti dalla posticipazione dell'incidente probatorio; tuttavia, casi del genere si verificano nella realtà e rendono necessaria l'audizione unilaterale del minore da parte degli investigatori in assenza del giudice e senza contraddittorio.

5. Assunzione di sommarie informazioni da parte del difensore.

Il minorenni informato sui fatti riconducibili ai reati di cui l'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p. dovrà essere assistito dal difensore e in questo caso l'esperto non sarà nominato dal pubblico ministero, ma dallo stesso difensore, come dispone l'art. 391-*bis* comma 5-*bis* c.p.p., il quale, come già detto, diversamente dagli artt. 351 comma 1-*ter* e 362 comma 1-*bis* c.p.p. prevede espressamente l'inutilizzabilità delle sommarie informazioni se raccolte senza la presenza dell'esperto.

Secondo alcuni autori, si tratterebbe di una “svista”⁴⁵ del legislatore, a parere di altri, invece si tratterebbe di un effetto “collaterale”⁴⁶ della collocazione topografica, infatti il preesistente comma 6 dell'art. 391-*bis* c.p.p. sanziona in modo generalizzato con l'inutilizzabilità le «dichiarazioni ricevute e informazioni assunte», fra i quali dunque bisogna ricomprendere anche il comma 5-*bis* dell'art. 391-*bis* c.p.p. introdotto in un momento successivo.

L'esperto avrà la qualifica di consulente tecnico della difesa e dovrà essere necessariamente diverso da quello nominato dal pubblico ministero.

E' noto che l'indagine del difensore, diversamente da quella pubblica, non è caratterizzata da un dovere di completezza e di obiettività, ma è tesa ad acquisire elementi di prova *pro reo*; ovviamente le indagini difensive sono utili all'integrazione del quadro probatorio, ma è anche vero che, se concretamente

45 A. Forza, L'ascolto del minorenni dopo la Convenzione Lanzarote, in Arch. n. proc. pen., 2013, pag. 145

46 C. Gabrielli, La partecipazione dell'esperto all'audizione del minore, cit., pag. 386

esercitata, possono aumentare i rischi di vittimizzazione secondaria poiché con esse le audizioni aumentano. Infatti, al ripetersi degli esami, si assocerebbe la moltiplicazione degli intervistatori e, ragionevolmente, la divaricazione delle tecniche di intervista, con conseguente difficoltà per il minore che si troverebbe a confrontarsi con diversi stili di comunicazione, scelti da diversi esperti: in queste circostanze si verificherebbe il prevedibile effetto di indurre una sensazione di disorientamento, destinata ad accrescersi in occasione della audizione in contraddittorio, quando l'esame dovrà essere necessariamente condotto da una ulteriore persona.⁴⁷

L'articolo dedicato alle indagini difensive è il 391-*bis* c.p.p. introdotto dalla legge n. 397/2000, che deve, essere letto insieme alle disposizioni dettate dal Codice deontologico forense (vincolante tutti gli iscritti agli albi di avvocatura) e alle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive (documento varato dall'Unione delle camere penali italiane, avente contenuto vincolante solo per gli iscritti ad una delle camere territoriali); apparati, questi ultimi, che presentano una certa omogeneità di valori di fondo, infatti le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive richiamano le norme del Codice Deontologico forense in riferimento ai doveri di fedeltà, competenza, probità, verità e lealtà processuale⁴⁸.

Con specifico riferimento all'audizione del minore, il Codice deontologico forense all'art. 56 comma 3 prevede che «l'avvocato difensore nel procedimento penale, per conferire con persona minore, assumere informazioni dalla stessa o richiederle dichiarazioni scritte, deve invitare formalmente gli esercenti la

47 S. Recchione, Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica, cit., pag. 12-13

48 F. Siracusano, Indagini difensive, cit., pag. 92-93

responsabilità genitoriale, con indicazione della facoltà di intervenire nell'atto, fatto salvo l'obbligo della presenza dell'esperto nei casi previsti dalla legge e in ogni caso in cui il minore sia persona offesa del reato»⁴⁹.L'inosservanza dell'art. 56 del Codice Deontologico della Professione Forense comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dell'esercizio dell'attività professionale da sei mesi a un anno.

Il difensore dovrà convocare il soggetto minorenne, tramite atto scritto, organizzando l'incontro in tempi,luoghi e modi tali da ridurre il più possibile l'impatto traumatico e compatibili con le esigenze di vita del minore.

L'art. 391-*ter* comma 3 c.p.p. assegna allo stesso difensore la gestione della documentazione delle informazioni assunte dal minore, le quali andranno verbalizzate secondo le regole in materia di verbalizzazione⁵⁰ ex art. 238 commi 3 e 4 c.p.p., configurando un regime coerente con le regole di utilizzabilità contenute nell'art. 391-*decies* c.p.p.⁵¹.

I difensori potranno far riferimento all'art. 10 della Carta di Noto, secondo cui le attività di acquisizione delle dichiarazioni e dei comportamenti del minore devono essere video-registrate, in quanto anche gli aspetti non verbali della comunicazione sono importanti per una corretta valutazione. Inoltre l'art. 11 della Carta di Noto stabilisce che qualora il minore sia sottoposto a *test* psicologici i protocolli e gli esiti della somministrazione devono

49 Alla stessa prescrizione si giunge leggendo congiuntamente i commi 1 e 3 dell'art 10 delle Regole di comportamento del penalista

50 Secondo F. Siracusano, Indagini difensive e persona informata di minore età, cit., pag. 115, non bisogna interpretare letteralmente il rinvio, effettuato dalla norma al Titolo III libro I, poiché potrebbe aprirsi al difensore, la possibilità di scegliere tra una delle forme di documentazione, in base però, a parametri non sempre agevolmente verificabili, rischiando così di compromettere la credibilità dell'operazione svolta.

51 L. Suraci, L'audizione delle persone minorenni nell'ambito delle investigazioni difensive, cit., pag. 1000

essere prodotti integralmente ed in originale. I test utilizzati devono essere caratterizzati da elevata e comprovata affidabilità scientifica.

Anche secondo l'art. 13 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, ai fini di fornire elementi di verifica, le modalità di conduzione dell'atto investigativo dovranno avvenire in forma integrale aggiungendo al terzo comma la prescrizione secondo cui il difensore non è tenuto a rilasciare copia del verbale alla persona che ha reso informazioni, né al suo difensore.

CAPITOLO III

L' incidente probatorio

Sommario: 1. Evoluzione storica dell'audizione del minore nell'incidente probatorio.- 1.1. Obiettivi processuali della legge n. 66/1996.- 2. “Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù.”- 3. Profili problematici nel rapporto con le fonti sovraordinate: gli insegnamenti della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia della Comunità Europee.- 4. Interventi legislativi dal 2003 e al 2013.- 5. Limiti della riforma: mancato coordinamento tra l'art 392 comma 1-*bis* e l'art 398 comma 5-*bis* c.p.p.- 6. Deposito degli atti di indagine.- 7. La disciplina dell'esame del minore in incidente probatorio.- 8. Il diritto alla riservatezza.

1. Evoluzione storica dell'audizione del minore nell'incidente probatorio.

L'incidente probatorio consiste in una “parentesi giurisdizionale”⁵², inserita nella fase delle indagini preliminari, ai fini dell'assunzione di prove non rinviabili al dibattimento. L'art. 392 comma 1 c.p.p. contiene una casistica di carattere tassativo, giacché l'incidente probatorio si risolve, appunto, in una previsione eccezionale di precostituzione di prove, in difformità rispetto al modello tipico accusatorio che contempla l'assunzione delle prove oralmente e direttamente innanzi al Giudice della cognizione.

Si può procedere con incidente probatorio anche nei casi in cui si renda necessario l'acquisizione del contributo conoscitivo di minorenni: in questi casi, in ragione della peculiarità del suo protagonista, l'incidente probatorio è una figura “assolutamente speciale”⁵³, che introduce deroghe al meccanismo ordinario disposto dall'art. 392 comma 1 c.p.p. Queste deroghe sono state introdotte dalla legge del 15 febbraio 1996 n. 66 intitolata “Norme contro la violenza sessuale”: la prima deroga è dovuta all'art. 13 della l. 66/96, che, oltre ad aver aggiunto il comma 1-*bis* nell'art. 392 c.p.p., ha anche aggiunto il comma 2-*bis* all'art. 393 c.p.p., riformando, così, il profilo dei requisiti di instaurazione dell'incidente nei casi specifici in esso contemplati e le modalità attinenti alla documentazione; la seconda deroga è dovuta all'art. 14 della l. 66/96, che inserisce il comma 5-*bis* all'art. 398 c.p.p., andando ad incidere sulle modalità di esecuzione dell'incidente probatorio.

⁵² S. Sau, L'incidente probatorio, cit., pag. 26

⁵³ M. G. Coppetta, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, in A.A.V.V., Il minore fonte di prova nel processo penale, a cura di C. Cesari, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 122

Con riguardo all'inserimento del comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p, si stabilisce che, quando si procede per i delitti di violenza sessuale semplice o aggravata, di atti sessuali con minorenne, di corruzione di minorenne, di violenza sessuale di gruppo (artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqies*, 609-*octies* c.p), il pubblico ministero o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda all'assunzione della testimonianza di persona minore di anni sedici con l'incidente probatorio, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1.

Questo ha comportato l'instaurazione dell'incidente probatorio anche fuori dal ricorrere di una situazione di non differibilità e di non rinviabilità dell'atto [art. 392 comma 1 lettera a) e b) c.p.p.], anche se limitatamente ai minori di sedici anni e in riferimento ai delitti a sfondo sessuale: infatti, la tipologia di reato e l'età sono la «*condicio sine qua non*»⁵⁴ per poter richiedere l'incidente probatorio speciale.

Con l'introduzione, invece, del comma 2-*bis* all'art. 393 c.p.p, viene imposto al pubblico ministero che procede per delitti di natura sessuale, di depositare tutti gli atti delle indagini compiute allorché sia richiesto l'audizione di un minorenne: si tratta di vera e propria *discovery* anticipata rispetto all'udienza⁵⁵. Il legislatore con la previsione di tale *discovery* ha tenuto conto delle esigenze difensive della persona coinvolta in un procedimento penale per i reati di violenza sessuale, permettendo un controllo, da parte di questa, sulla credibilità della deposizione e di conseguenza il più

54 C. Pansini, Le dichiarazioni del minore nel processo penale, cit., pag. 123

55 G. Ambrosini, Le nuove norme sulla violenza sessuale, legge 15 febbraio n.66, Utet, Torino, 1997, pag. 88.

Al di fuori dei casi contemplati dall'art 392 comma 1 *bis* c.p.p la regola applicabile è quella dell'art 398 comma 3 c.p.p che pone la regola generale che obbliga il pubblico ministero ad una *discovery* delle sole dichiarazioni rese in precedenza dall'esaminato a lui steso o alla polizia giudiziaria, dunque la regola generale è di una *discovery* parziale.

ampio diritto al contraddittorio.

L'art. 398 c.p.p, inoltre, viene integrato del comma 5-*bis*, con la previsione che «nel caso di indagini che riguardano ipotesi di reato previste dagli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p, il giudice, ove vi siano minori di anni sedici, con l'ordinanza di cui al comma 2, stabilisce il tempo, il luogo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze del minore lo rendono necessario ed opportuno». Da ultimo è previsto che ci si debba avvalere delle forme di documentazione in via integrale, con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva.

L'art. 15 l. 66/96 ha anche inserito il comma 3-*bis* all'art. 472 c.p.p., ampliando il regime delle udienze a porte chiuse: quando si procede per i reati di violenza sessuale semplice o aggravata e di violenza sessuale di gruppo su minori, il giudizio si deve svolgere a porte chiuse, qualunque sia la volontà dell'offeso.

1.1. Obiettivi processuali della legge n. 66/1996.

La finalità principale della novella del 1996 è quella di evitare a soggetti infrasedicenni dalla personalità ancora *in fieri*, particolarmente fragili, fisicamente ed emotivamente, che hanno già ricevuto un danno perché hanno assistito o sono stati vittime di delitti gravi quali la violenza sessuale, l'ulteriore trauma delle deposizioni nelle aule dei tribunali⁵⁶. Questo ha giustificato il ricorso all'anticipazione probatoria, con una presunzione *“iuris et*

⁵⁶ A. Famiglietti, La testimonianza del minore di sedici anni in incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, pag. 292

de iure” di pericolo di dispersione della prova sganciata dai presupposti tipici: il legislatore ha così imboccato la strada, già intrapresa dalla Corte Costituzionale, di spostare il baricentro del processo penale alla fase preliminare, a scapito di quella dibattimentale⁵⁷, dal momento che la prova si formerà di fronte ad un giudice diverso da quello che sarà chiamato a decidere sui fatti per cui si procede. Inoltre, l'anticipazione della raccolta delle prove dichiarative da questi provenienti ha perseguito ulteriori obiettivi, quali la tutela della loro riservatezza e della loro dignità, nonché il contemperamento delle esigenze processuali⁵⁸. La finalità volta all'integrità psicofisica del testimone minorenne non si è, però, spinta sino ad intaccare il sistema delle letture dibattimentali, dato che, di regola, le dichiarazioni rese dal minore di sedici anni nel corso dell'incidente probatorio in uno dei procedimenti previsti dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., andranno riassunte in sede di giudizio, sebbene, con le cautele previste dall'art. 498 comma 4 c.p.p (art. 401 comma 5 c.p.p)⁵⁹.

Ulteriore critica si può fare con riguardo alle fattispecie di reati previste dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., infatti, è solo per quelli *ex artt. 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies* c.p. che si può richiedere l'incidente probatorio speciale, «non tenendo in considerazione tutti i fenomeni di violenza sui minori, come la

57 C. Pansini, Le dichiarazioni del minore nel processo penale, cit., pag. 122.

La Corte cost., 10 marzo 1994 n. 77, in Giur. cost. 1994, pag. 776 e segg., dichiarò costituzionalmente illegittimi gli artt. 392 e 393 c.p.p. nelle parti in cui non consentivano l'instaurazione dell'incidente probatorio anche nella fase dell'udienza preliminare, segnando così prima dell'entrata in vigore della legge n.66/1996 una significativa deviazione dal principio cardine secondo cui la prova si forma in dibattimento nel confronto dialettico tra le parti e solo eccezionalmente nella fase pre-procedimentale: in sostanza, il rapporto regola-eccezione subisce un radicale capovolgimento, favorendo «la tendenza verso lo spostamento del baricentro.

58 M. Bargis, Commento all'art. 14 L.15 febbraio 1996 n. 66 (Norme contro la violenza sessuale), in Leg. pen.,1996, pag. 508

59 C. Pansini, Le dichiarazioni del minore nel processo penale ,cit., pag. 124-125

pedofilia con le sue aberranti manifestazioni nelle sue più svariate forme, tra cui, in particolare, la prostituzione, la pornografia e il turismo sessuale»⁶⁰.

2. “Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù”.

Due anni dopo la legge n. 66/96, precisamente il 3 agosto del 1998, entra in vigore la legge n. 269 con cui vengono individuate nuove fattispecie di reato, nell'intento di punire l'attività di coloro che si servono dei minori per trarne benefici economici: si tratta dei reati di prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.), pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.) e di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione (art. 600-*quinquies* c.p.). Questi vengono altresì inseriti nel catalogo di reati richiamati dall'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.

L'art. 13 comma 2 l. 269/98 interviene anche sull'art. 190-*bis* c.p.p., al quale inserisce il comma 1-*bis*, regola secondo la quale, quando si procede per i reati di cui gli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* c.p., se il minore di sedici anni ha già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio e queste sono state acquisite ai sensi dell'art. 238 c.p.p., non va sottoposto ad esame dibattimentale, a meno che il giudice non lo ritenga assolutamente necessario.

Si estende così, il regime dell'art. 190-*bis* c.p.p. relativo alla criminalità organizzata, ai reati di violenza sessuale e di sfruttamento sessuale di minorenni; è da ritenere che la norma

60 S. Sau, L'incidente probatorio, cit., pag. 152

risponda all'esigenza di consentire, una volta cristallizzata la prova, l'estromissione del minore dal procedimento⁶¹. In riferimento a questo articolo la legge si è limitata, però, a inserire il comma 1-*bis*, lasciando inalterata la previsione del comma 1 dell'articolo, il quale prevede che in taluni procedimenti (per i reati ex art. 51 comma 3-*bis* c.p.p.), ove fosse richiesto l'esame di un teste o dell'imputato in procedimento connesso che avesse già reso dichiarazioni in incidente probatorio, ovvero dichiarazioni i cui verbali fossero stati acquisiti ex art. 238 c.p.p., l'esame testimoniale sia ammesso solo su valutazione giudiziale della sua assoluta necessità.

Alla sua modifica ha provveduto la legge 1° marzo del 2001 n. 63, c.d. "legge sul giusto processo" intesa a dare attuazione ai principi consacrati nell'art. 111 della nostra Costituzione: si ammette che l'esame in dibattimento del minore, sentito precedentemente in incidente probatorio, sia consentito solo in relazione a fatti e circostanze diverse dalle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengano necessarie, sulla base di specifiche esigenze che vanno adeguatamente motivate dagli interessati della reiterazione della prova.

«Viene sostituita alla mera valutazione giudiziale della assoluta necessità del riesame del dichiarante, quella delle parti, recuperando il sistema di garanzie del contraddittorio⁶²».

61 S. Sau, L'incidente probatorio, cit., pag. 147

62 N. Galantini, Commento agli artt. 13-14, l. 15 febbraio 1996, n. 66, in A.A.V.V. Commentari delle "Norme contro la violenza sessuale", a cura di Cadoppi, Cedam, Padova, 2002, pag. 434

3. Profili problematici nel rapporto con le fonti sovraordinate: gli insegnamenti della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia della Comunità Europee.

Nonostante le modifiche fino ad ora esaminate, che hanno ampliato l'ambito di applicabilità dell'incidente probatorio ex art. 392 comma 1-*bis* ed ex art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., la disciplina rimane circoscritta a livello sia soggettivo che oggettivo, tanto da dubitare della sua conformità a livello costituzionale.

Dal punto di vista soggettivo, i due articoli, così come l'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., prevedono l'espletamento dell'incidente probatorio speciale solo per l'audizione di particolari soggetti (in origine minorenni infrasedicenni), la Corte Costituzionale⁶³ però, ha da sempre bloccato ogni tentativo volto ad estendere l'incidente probatorio speciale anche alla testimonianza di altri soggetti vulnerabili, basandosi sul principio cardine del rito accusatorio, per il quale la prova si deve formare in dibattimento e l'incidente probatorio rappresenta un'eccezione ed è il frutto di una scelta del legislatore, rispetto alla quale non si rinvencono ragioni costituzionali che ne impongono l'estensione a soggetti diversi dai minori infrasedicenni. Tale orientamento cambia nel 2005, con la dichiarazione della Corte costituzionale dell'illegittimità dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice possa provvedere nei modi ivi previsti all'assunzione della prova ove fra le persone interessate ad essa vi sia un maggiorenne

⁶³ Corte cost., 29 dicembre 2000 n. 583, in Giur.cost., 2000, pag. 4342 e segg.; Corte cost., 1° aprile 2003 n. 108, in Giur. cost., 2003, pag. 867 e segg., o in Cass. pen., 2003, pag. 2633. In ambedue viene dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., nella parte in cui non prevede che le disposizioni in esso contenute si applichino anche all'assunzione della testimonianza della persona maggiorenne inferma di mente.

infermo di mente, quando le esigenze di questi lo rendano necessario od opportuno.

La critica⁶⁴ riguarda anche i casi di reati previsti dall'elenco, considerato tassativo, dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. dubitando della compatibilità della norma con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, nella misura in cui non prevede l'espletamento dell'incidente probatorio speciale per delitti diversi da quelli a sfondo sessuale, quando occorra assumere la testimonianza della vittima minorenni.

Un esempio di questa critica è il “caso Pupino”: si tratta di una questione pregiudiziale, proveniente da un procedimento penale pendente davanti al giudice fiorentino, nei confronti di una maestra elementare accusata di maltrattamenti vari e percosse nei confronti dei suoi alunni. La donna era accusata di abuso dei mezzi di disciplina e del reato di lesioni aggravate, anch'esso, secondo l'accusa, commesso nei confronti di una delle sue alunne. Il pubblico ministero aveva chiesto di raccogliere le deposizioni dei bambini, testimoni e vittime dei reati, attraverso l'incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova sul fondamento dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., in quanto l'assunzione della prova non avrebbe potuto essere differita sino all'udienza dibattimentale, a causa della minore età dei testimoni e dell'inevitabile modificazione della situazione psicologica di questi ultimi, nonché di un eventuale processo di rimozione psicologica. Il pubblico ministero ha anche chiesto che si procedesse all'assunzione della prova con modalità particolari previste all'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., in forza delle quali l'udienza si svolge in una struttura specializzata, secondo modalità che tutelano la

64 S. Sau, L'incidente probatorio, cit., pag. 153; G. Spangher, Le norme di diritto processuale penale, in Dir. pen. proc., 1998, pag. 1233; Trib. Firenze, 3 febbraio 2003, Pupino, in Foro it., 2004, pag. 54.

dignità, la vita privata e la serenità dei minori interessati, avvalendosi, eventualmente, di un esperto di psicologia: ciò a ragione della delicatezza e della gravità dei fatti, nonché delle difficoltà connesse alla minore età delle parti offese. La signora Pupino si era opposta a tale richiesta del pubblico ministero, facendo valere la mancata previsione delle fattispecie di reati di cui era accusata negli artt. 392 comma 1-*bis* e 398 comma 5-*bis* c.p.p. Per il giudice delle indagini preliminari, la richiesta del pubblico ministero andava respinta alla luce delle disposizioni nazionali di cui trattasi, in quanto queste ultime non prevedono il ricorso all'incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova, né l'utilizzazione di modalità particolari di assunzione della prova. Il giudice propose, pertanto, questione di legittimità costituzionale avverso le citate previsioni, per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., nella parte in cui non consentono che si proceda, con incidente probatorio e con le modalità «protette» per le ipotesi delittuose ipotizzate, o, comunque, al di là delle fattispecie relative ai reati contro la libertà sessuale, ledendo così la dignità, il pudore e la riservatezza dei soggetti minori, poiché vengono trattate in modo diverso situazioni sostanzialmente identiche in cui la vittima è un soggetto infrasedicenne.

La Corte Costituzionale⁶⁵ dichiarò infondata la questione, non ravvisando alcuna violazione del disposto costituzionale e non ritenendo ingiustificata la selezione dei delitti contemplati dall'art.

65 Corte Cost., 18 dicembre 2002, n. 529, in Giur. cost., 2002, pag. 4346 e segg.; La Corte si era così espressa anche con la sentenza 9 maggio 2001, n. 114, in Giur. cost., 2001, pag. 912: Il reato di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli non presenta caratteristiche assimilabilità ai reati sessuali, dunque non si può automaticamente prevedere l'estensione della medesima *ratio*: esso non coinvolge infatti, in quanto tale e necessariamente, la sfera sessuale, rispetto alla quale si pongono le particolari esigenze di riserbo e di protezione dell'intimità personale che hanno ispirato la scelta compiuta dal legislatore con l'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p.

392 comma 1-*bis* c.p.p. «trattandosi di reati ai quali si pone con maggiore intensità ed evidenza l'esigenza di proteggere la personalità del minore nonché quella di preservare la genuinità della prova, rimettendo al legislatore il compito di individuare ulteriori fattispecie criminose perpetrate a danno del minore, in cui si renda indispensabile formare anticipatamente la prova dichiarativa»⁶⁶.

Lo stesso giudice di merito ha, in un secondo momento, rimesso alla Corte di Giustizia della Comunità Europee⁶⁷ ai sensi dell'art. 35 Trattato UE., la questione relativa all'interpretazione pregiudiziale degli artt. 2,3 e 8 della Decisione Quadro 2001/220/Gai del 15 marzo 2001, ravvisandone un contrasto con l'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.e l'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., dato che, ai sensi dell'art. 2 della decisione quadro, dal titolo «Rispetto e riconoscimento», ciascuno Stato membro assicura che le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione.

Ai sensi dell'art. 3 della decisione quadro, dal titolo «Audizione e produzione delle prove», invece, si dispone che ciascuno Stato membro garantisca la possibilità per la vittima di essere sentita durante il procedimento e di fornire elementi di prova. E infine, l'art. 8 della decisione quadro, intitolato «Diritto alla protezione», dispone, al n. 4, che ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisca alla vittima la facoltà, in base ad una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi

⁶⁶ C. Cesari, Il minore fonte di prova nel processo penale, cit., pag. 128-129

⁶⁷ In seguito al Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, la Corte ha cambiato il nome in Corte di Giustizia dell'Unione europea

fondamentali del proprio ordinamento.⁶⁸

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha affermato la possibilità- indipendentemente dall'effetto del procedimento - per le vittime particolarmente vulnerabili, dell'utilizzo di una procedura speciale, come l'incidente probatorio, diretto all'assunzione anticipata della prova nonché le modalità particolari di deposizione, pure previste, se tale procedura risponde in modo ottimale alla situazione delle vittime e s'impone al fine d'impedire la perdita degli elementi di prova, di ridurre al minimo la ripetizione degli interrogatori e d'impedire le conseguenze pregiudiziali, per le dette vittime, della loro deposizione pubblica, sempre che da tale attività non discenda una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato membro⁶⁹.

4. Interventi legislativi dal 2003 e al 2013.

Negli ultimi anni è aumentata la sensibilità alle problematiche dei minori, le quali sono accresciute anche dall'accessibilità di chiunque ad internet: la conseguenza di questo sviluppo tecnologico è la facilità con cui i minori possono entrare in contatto con soggetti agenti. Si sono dunque resi necessari interventi normativi di vario tipo, tra cui quelli atti ad aumentare le ipotesi di acquisizione della prova dichiarativa in incidente probatorio:

-La legge 11 agosto 2003 n. 228 rubricata "Misure contro la tratta di persone" che reca modifiche al codice penale agli artt. 600 c.p.

⁶⁸ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03 Pupino, consultabile su [www. curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); e in Dir. pen. proc., 2005, o in Foro it. 2006, 4, pag. 585 e segg.

⁶⁹ Ricordiamo che le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta;

(Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), 601 c.p. (Tratta di persone) e 602 c.p. (Acquisto e alienazione di schiavi), e ne prevede l'inserimento a livello processualistico nell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p, nell'art. 398 comma 5-*bis* e negli artt. 472 e 498 comma 3-*ter* c.p.p. Viene, così, ampliato l'ambito di applicabilità dell'incidente probatorio in procedimenti che di regola non violano la sfera sessuale.

-La legge 6 febbraio 2006 n. 38 “Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet” inasprisce le pene e amplia la nozione di pedo-pornografia. Tra le novità principali della legge c'è l'introduzione della pedo-pornografia virtuale, reato che viene inserito negli artt. 392 comma 1-bis, 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p. e nell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., aggiungendo le parole « anche se relativo al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater* n. 1 c.p. ».

-La legge 23 aprile 2009 n. 11⁷⁰ “Disposizioni in materia di pubblica sicurezza” ha varato norme sulla tutela della sicurezza individuale e collettiva contro le minacce della criminalità, non dimenticandosi però di riservare un ambito di tutela anche ai minori, soggetti deboli, che più frequentemente sono vittime di forme di criminalità diffusa. La legge introduce, oltre a una serie di circostanze aggravanti comuni e speciali contro coloro che commettono delitti verso fanciulli, anche nuove fattispecie delittuose nel novero dei reati di cui l'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., tra cui i delitti di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (art. 572 c.p.) e quello degli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.). Di questi due solo l'art. 612-*bis* c.p. viene altresì inserito nella previsione dell'art. 398 comma

⁷⁰ Con questa viene convertito in legge e modificato il decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante “misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori”.

5-*bis* c.p.p.

Di fondamentale importanza è la possibilità di far ricorso all'incidente probatorio "al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1" dell'art. 392 c.p.p. anche per i testimoni di età compresa tra i 16 e i 18 anni, e persino alla persona offesa maggiorenne: tale previsione è stata inserita, altresì, nell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., recependo le indicazioni provenienti dalle fonti comunitarie e internazionali⁷¹, secondo le quali il sostantivo "minorenne" fa riferimento al minore di anni diciotto e non di anni sedici.

-La legge n.172 del 2012 di attuazione della Convenzione Lanzarote, ha inserito nell'elenco di cui all'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. il reato di adescamento di minorenni (art. 609-*undecies* c.p.), e l'ipotesi di detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater* c.p.), ponendo rimedio con quest'ultimo a una lacuna inspiegabile, dato che la norma processuale conteneva già il riferimento all'art. 600-*quater*.1 c.p. L'intervento sull'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. ha comportato anche l'eliminazione delle ipotesi aggravate di violenza sessuale(art. 609-*ter* c.p.), ipotesi, invece, che permane nell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. Con riferimento a quest'ultimo (la disciplina processuale relativa alle particolari modalità di audizione protetta del minore in incidente probatorio) l'art. 5 comma 1, lett. *h*) della legge in esame inserisce la sola ipotesi di adescamento di minorenni (art. 609- *undecies* c.p.).

Si sostiene⁷² che, con questa legge, si sia persa l'occasione per un coordinamento di questa disciplina con i singoli casi nei quali è

71 Art. 1 Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea sulla lotta contro la tratta degli esseri umani(2002/629/GAI); art. 1 della Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile (2004/68/GAI); la Carta europea dei diritti del fanciullo(risoluzione del Parlamento europeo A3-0172/92)

72 S. Recchione, Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della convenzione di Lanzarote, cit., pag. 3

possibile presentare richiesta di incidente probatorio, a norma dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.: sarebbe stato, invece, opportuno includere nel catalogo dei reati menzionati nell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. anche le fattispecie di cui agli artt. 572, 600-*quater* e 609-*quinquies* c.p.

Per altro verso⁷³, c'è anche chi ritiene comprensibilmente la scelta del legislatore di non aver ritenuto necessario introdurre nell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. altre disposizioni relative alle modalità di audizione del minore, in forza del rinvio, di cui all'art. 401 comma 5 c.p.p., alle forme dibattimentali di acquisizione della prova. Risulta, infatti, già operativa, anche in sede incidentale, la disciplina che conferisce al giudice la facoltà di avvalersi «dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile» (art. 498 comma 4 c.p.p.), nonché la norma relativa all'esame del minore mediante l'uso di un vetro specchio unidirezionale, unitamente ad un impianto citofonico (art. 498 comma 4-*ter* c.p.p.).

All'inserimento della fattispecie delittuosa dei maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (art. 572 c.p.p.) nell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., provvede il Decreto legge 14 agosto 2013 n. 93 recante “Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province”⁷⁴.

⁷³ A. M. Capitta, Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario, cit., pag. 10

⁷⁴ Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119 (in G.U. 15/10/2013, n. 242).

5. Limiti delle riforma: mancato coordinamento tra l'art 392 comma 1-*bis* e 398 comma 5-*bis* c.p.p.

Ad oggi, nonostante i vari interventi, non vi è perfetta corrispondenza fra le ipotesi delineate dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. e quelle dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p, con riguardo alle ipotesi di reato, poiché il reato di corruzione di minori (art. 609-*quinqies* c.p.), menzionato nell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p, non è ricompreso nell'elencazione dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p, anche se in questo caso si può dire che “lo scarto”⁷⁵ con l'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p sia solo apparente, poiché sulla questione è intervenuta la Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p nella parte in cui non prevedeva il delitto di corruzione di minorenni (art. 609 *quinqies* c.p.)⁷⁶. Resta, però il fatto che l'art. 600 *quater* c.p. non è ricompreso nell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. e l'art. 609-*ter* c.p. non è, invece, previsto nell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.

Inoltre, questioni di asimmetria sono presenti anche con riguardo all'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p, poiché la compressione del diritto alla prova copre un ventaglio di reati più ristretto rispetto agli artt. 392 comma 1-*bis* e 398 comma 5-*bis* c.p.p (sono esclusi dall'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p, gli artt. 572, 600, 601, 602, 609-*undecies* e l'art. 612-*bis* c.p.) e sul piano soggettivo resta applicabile ai soli testimoni infrasedicenni⁷⁷.

⁷⁵ F. Cassibba, La tutela dei testimoni “vulnerabili”, in A.A.V.V. , Il “Pacchetto sicurezza” 2009, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Giappicchelli, Torino, 2009, pag. 321

⁷⁶ Corte. Cost., 9 luglio 1998, n. 262, in Cass. pen., 2000, pag. 822., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p nella parte in cui non prevedeva il delitto di corruzione di minorenni (art. 609-*quinqies* c.p.)

⁷⁷ R. Casiraghi, La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali, Giuffè, Milano, 2011, pag. 535; F. Cassibba, La tutela dei testimoni

Sotto un ulteriore profilo, altamente criticabile, è la mancata estensione dell'applicazione dell'art. 392 comma 1-bis, c.p.p. a mezzi di prova differenti dalla testimonianza: l'articolo prevede l'incidente probatorio solo per l'assunzione anticipata della deposizione di persona minore, non disponendo nulla sugli altri mezzi di prova a contenuto dichiarativo quali la ricognizione, il confronto, l'esperimento giudiziale, la perizia, mentre l'art. 398 comma 5-bis c.p.p. si riferisce genericamente all'assunzione di prove, inducendo a ritenere ammissibili, con l'incidente probatorio, qualunque prova tra quelle a norma dell'art. 392 comma 1 c.p.p., quindi anche dell'esame della persona sottoposta a indagini, il confronto, la perizia o l'esperimento giudiziale, la ricognizione di persona ⁷⁸.

6. Deposito degli atti di indagine.

Come detto precedentemente, l'art. 393 comma 2-bis c.p.p. stabilisce che «il pubblico ministero deposita tutti gli atti di indagini compiute»⁷⁹ fin dal momento della richiesta di incidente probatorio: tale formulazione ha sollevato varie interpretazioni e, tra queste, la più realistica⁸⁰ sembra quella che prevede il deposito di tutti gli atti

vulnerabili, cit., pag. 318

78 N. Galantini, Commento agli artt. 13 -14, cit., pag. 315; G. Ambrosini, Le nuove norme sulla violenza sessuale, cit., pag. 88; M. Bargis, Commento all'art. 14, cit., pag. 498;

79 M. Bargis, Commento all'art. 13, cit., pag. 503: non comprende perché il p.m. debba depositare tutti gli atti di indagine compiuti sino a quel momento quando per un efficace controesame da parte della difesa sarebbe sufficiente il deposito dei verbali delle dichiarazioni rese in precedenza dal potenziale testimone, anche se l'ampiezza della *discovery* varia a seconda del momento in cui la richiesta di incidente probatorio si colloca rispetto al termine di durata delle indagini preliminari.

80 G. Ambrosini, Le nuove norme sulla violenza sessuale, cit., pag. 88 ; M. Bargis, Commento all'art. 13, cit., pag. 503; M. Pontin, Riferimenti normativi per la testimonianza del minore vittima di abuso sessuale, in A.A.V.V., Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità, a cura di L. De

di indagine solo nel caso sia il p.m. ad avanzare la richiesta di incidente, essendo a questo rimessa la decisione relativa al momento in cui richiedere l'assunzione della testimonianza; nel caso in cui, invece, l'istanza provenga dalla persona sottoposta alle indagini, trova spazio la disciplina ordinaria che obbliga al deposito soltanto gli atti contenenti dichiarazioni precedentemente rese dal testimone: diversamente aumenterebbero i pregiudizi per la funzionalità del meccanismo acquisitivo che anticipa la *discovery*, poiché il pubblico ministero, pur di non rendere note all'indagato le sue carte, potrebbe pensare di rinunciare all'incidente probatorio, anche in presenza di comprovate esigenze del minore, senza contare la presenza di un ulteriore pericolo di «possibili strumentalizzazioni da parte dell'indagato e del suo difensore, i quali potrebbero usare la procedura dell'incidentale per smontare ogni possibilità di programmazione di una strategia accusatoria»⁸¹.

La redazione della norma pone dei dubbi anche all'individuazione del momento in cui vanno depositati i verbali delle indagini svolte, a una prima lettura sembrerebbe che, già con la richiesta di incidente probatorio, il p.m. debba depositare tutti gli atti e che l'indagato e i difensori delle parti possano subito ottenerne copia, dando quasi per scontato, che l'effetto della “non rinviabilità presunta”, sia l'accoglimento della richiesta medesima da parte del g.i.p., senza preoccuparsi dell'eventualità di un provvedimento di rigetto o di inammissibilità, che è, invece, concretamente possibile, ex art. 398 comma 1 c.p.p.⁸²

Tale interpretazione comporterebbe il verificarsi di una situazione

Cataldo Neuburger, n. 13, Cedam, Padova, 1997, pag. 78

81 M.G.Coppetta, Il contributo dichiarativo del minore, cit., pag. 224; L. Scomparin, La tutela del testimone nel processo penale, cit., pag. 308

82 M. Bargas, Commento all'art. 13, cit., pag. 503-504;

paradossale, poiché, pur non celebrandosi l'incidente probatorio, la persona indagata e i difensori delle parti verrebbero a conoscenza di tutti gli atti. Per evitare questo, occorre ritenere maggiormente valida, la diversa soluzione, secondo la quale, bisogna depositare il materiale investigativo a norma dell'art. 393 comma 2-*bis* c.p.p. solo allorquando il giudice abbia disposto l'escussione anticipata della prova⁸³; la persona sottoposta alle indagini e i difensori delle altre parti potranno prenderne visione ed estrarne copia nei due giorni che precedono l'udienza⁸⁴, questo perché viene esteso in modo analogico il criterio dell'art. 398 comma 3-*bis* c.p.p.

7. La disciplina dell'esame del minore in incidente probatorio.

L'introduzione di un incidente probatorio speciale (art. 392 comma 1-*bis* c.p.p) accompagnato da particolari modalità di audizione protette (art. 398 comma 5-*bis* c.p.p) evidenziano lo sforzo dell'ordinamento di creare una rete di difesa per il minore che sia stato vittima o testimone di delitti particolarmente gravi, tutte le volte in cui non si possa fare a meno del suo apporto probatorio in un contesto processuale contrassegnato da un alto tasso di conflittualità tra le parti. Il fine è quello di rispettare "la sua fragile condizione"⁸⁵, essendo in questi casi considerato, il pericolo della dispersione della prova, presunto *iuris et de iure*⁸⁶. In tal modo trova piena soddisfazione anche l'interesse all'acquisizione della

83 N. Galantini, Commento agli artt. 13-14, cit, pag. 430; M. G. Coppetta, Il contributo dichiarativo del minore, cit., pag. 143; S. Sau, L'incidente probatorio, cit., pag. 224: ritiene, però che il p.m. debba depositare gli atti insieme con la richiesta ma solo ad *usum iudicis*

84 viene esteso in modo analogico il criterio dell'art. 398 comma 3-*bis* c.p.p.

85 A. Famiglietti, La testimonianza del minore, cit., pag. 296

86 S. Sau, L'incidente probatorio, cit., pag. 144

prova dichiarativa, che, essendo raccolta sin dalle prime battute del procedimento penale, in un momento vicino alla realizzazione dei fatti, si rivela la più genuina possibile⁸⁷.

Con riguardo alle modalità con cui viene svolto l'incidente probatorio, l'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. stabilisce che nel caso di indagini riguardanti ipotesi di reato previste dagli articoli 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter* anche se relativo al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis* c.p., il giudice, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni, con l'ordinanza di cui al comma 2, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno. A tal fine l'udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova. Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia, ovvero della consulenza tecnica. Dell'interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti.

Appare chiaro che la norma affida allo stesso giudice per le indagini preliminari il compito di determinare le modalità di assunzione della testimonianza, scegliendo il tempo, il luogo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente

⁸⁷ C. Cesari, Il minore fonte di prova nel processo penale, cit., pag. 27-28; S. Sau, L'incidente probatorio, cit., pag. 146; R.Casiraghi, La prova dichiarativa, cit., pag. 534; M. Bargis, Commento all'art. 14, cit., pag. 513-514

probatorio, quando le esigenze del minore lo rendono necessario ed opportuno.

Rispetto al luogo di espletamento dell'udienza, la disposizione stabilisce che l'assunzione della prova può svolgersi anche fuori dai locali del tribunale, presso strutture specializzate di assistenza, oppure, ove queste manchino, presso l'abitazione del minore⁸⁸. L'ambiente in queste strutture specializzate deve essere familiare, contenere giocattoli o matite colorate per favorire il disegno del bambino. All'interno della stanza in cui avviene l'audizione, sono presenti il minore e l'esperto psicologo o il giudice mentre le altre figure assistono dall'esterno, in un'altra stanza sempre nella stessa struttura specializzata. Se a condurre l'intervista è lo psicologo questo dovrà essere dotato, di solito, di un'auricolare in modo da sentire le eventuali richieste del giudice e formulare così immediatamente, le apposite domande.

La norma non contiene, invece, nessuna indicazione rispetto ai tempi, lasciando al giudice piena discrezionalità, infatti, questo può anticipare l'udienza anche qualora non sussistano le ragioni di urgenza perentorie di cui l'art. 400 c.p.p, o può differirne lo svolgimento per consentire, ad esempio, l'intervento dello psicologo o dei servizi minorili. Anche con riguardo alle modalità particolari di assunzione della prova, viene lasciato al giudice piena libertà nello stabilire quale sia la misura più adatta al caso concreto⁸⁹.

L'incidente probatorio è uno strumento di prova non obbligatorio per il p.m. ma è obbligatorio per il giudice, nel senso che, quando il pubblico ministero lo chiede, il giudice dopo aver accertato

⁸⁸ L'espletamento dell'udienza di audizione fuori dal tribunale è dovuta anche al fatto che non tutti i tribunali italiani hanno un'aula appositamente attrezzata per questi casi delicati.

⁸⁹ M. G. Coppetta, Il contributo dichiarativo del minore, cit., pag. 145; N. Galantini, Commento agli artt. 13-14, cit., pag. 436

l'esistenza dei presupposti di merito (per reati nei quali il minore è tipicamente parte offesa di abusi sessuali, maltrattamenti in famiglia, atti sessuali con minore e così via) deve concederlo, senza alcun potere discrezionale, poiché vi è un diritto delle parti ad accedervi. La richiesta di incidente probatorio è presentata alla cancelleria del giudice per le indagini preliminari ed è notificata alla controparte (art. 395 c.p.p.), la quale può presentare deduzioni scritte (art. 396 c.p.p.).

In seguito alla concessione si ha l'udienza, che si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'indagato. L'articolo di riferimento è il 401 comma 5 c.p.p., che a sua volta rinvia alle modalità di audizione utilizzate nella fase dibattimentale (art. 498 comma 4 c.p.p.), dove è previsto che l'esame del minore venga condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti e che nell'esame il presidente possa avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile; il presidente inoltre può decidere che sia l'esperto a condurre l'audizione del minore. Viene altresì fatto rinvio al comma 4-ter dello stesso art. 498 c.p.p., avente lo scopo di evitare che il minore venga a trovarsi al cospetto del suo abusante, prevedendo che il suo esame possa esser effettuato con l'uso di un vetro a specchio unitamente ad un impianto citofonico. A sua volta, l'art. 498 comma 4-bis c.p.p. prevede, per la fase dibattimentale, che si applichino, se una parte lo richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario, le modalità di cui all'articolo 398 comma 5-bis c.p.p. Rispetto alle modalità di escussione utilizzate in dibattimento per i minori, l'incidente probatorio offre un *surplus* di protezione anche rispetto all'art. 498 comma 4-ter c.p.p., poiché l'art. 398 comma 5-bis c.p.p. stabilisce che l'acquisizione della testimonianza del minore avviene con

modalità c.d. privilegiate, che consistono in una documentazione integrale fatta con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Queste sono forme di bilanciamento utili a sopperire al sacrificio imposto al soggetto indagato nell'anticipare l'esame dibattimentale in sede di incidente probatorio e di renderlo «tendenzialmente irripetibile»⁹⁰, garantendo la massima trasparenza dell'assunzione probatoria. Infatti, si consente da una parte la valutazione di tutti quei comportamenti non verbali che assumono ai fini della decisione un ruolo decisivo, quali il tono della voce, il pianto, il tremore, il nervosismo, i silenzi, i disegni, etc., con cui vengono riportati i fatti più coinvolgenti, e che il minore non è in grado di verbalizzare perché troppo piccolo o troppo sconvolto ma che spesso, sono molto più significative di qualsiasi parola; dall'altra parte la particolare modalità di conduzione, permette, altresì, di controllare la correttezza dei metodi impiegati e di escludere che siano state poste domande suggestive.

Lascia perplessi, che la documentazione audiovisiva non costituisce un mezzo aggiuntivo, bensì soltanto alternativo rispetto alla registrazione fonografica, che come riproduzione è meno completa; sia che il precetto, pur configurando la riproduzione tecnologica della testimonianza come obbligo, non ne prevede sanzioni per l'inosservanza.

A ulteriore tutela di quanto formatosi in fase anticipata di audizione del minore, l'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. dispone la redazione del verbale in forma riassuntiva; «la ragione di tale scelta sembra essere quella dell'analogo art. 141-*bis* c.p.p., cioè la norma tenderebbe ad assicurare comunque la presenza di una traccia sia pure sintetica delle dichiarazioni rese in modo da evitare, ove possibile, l'oneroso incombenza della trascrizione dei nastri

90 L. Scomparin, La tutela del testimone nel processo penale, cit., pag. 309

registrati»⁹¹.

8. Il diritto alla riservatezza.

Il diritto alla riservatezza di coloro che hanno subito delitti *lato sensu* sessuali, è garantito dalla previsione dell'art. 472 comma 3-*bis* c.p.p, che pone il divieto in ordine alla domande “sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non necessarie alla ricostruzione del fatto”. Lo stesso articolo impone che si proceda sempre a porte chiuse per l'intero dibattimento, se tali delitti sono stati commessi a danno di minori. Il comma 3-*bis* si riferisce ai procedimenti relativi ai soli delitti previsti dagli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqüies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter* , 609-*octies* c.p.; ma la presenza dell'avverbio “sempre” suggerirebbe che anche per i delitti di natura sessuale per cui l'indicazione è pretermessa (es: artt. 609-*quater*, 609-*quinqüies*, 600-*quater* c.p.) bisognerà procedere a porte chiuse quando la parte offesa è un minore⁹². Ulteriori norma a tutela della riservatezza del minore sono dettate anche dall'art. 114 comma 6 c.p.p., che vieta la pubblicazione delle generalità e dell'immagine dei minorenni testimoni, persone offese o danneggiati dal reato fino a quando non sono divenuti maggiorenni, vietando, altresì la pubblicazione di elementi che anche indirettamente possono comunque portare alla identificazione di questi. Il tribunale per i minorenni, nell'interesse esclusivo del minorenne, o il minorenne che ha compiuto i sedici

91 N. Galantini, Commento agli artt. 13-14, cit., pag. 314 e 315

92 G. Ambrosini, Le nuove norme sulla violenza sessuale, cit., pag. 92 N. Galantini, Commento all'art. 15 legge sulla violenza sessuale, cit., pag. 397; R. Bartolomeo, La tutela penale della sfera sessuale: indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 204, sospetta di incostituzionalità per l'omissione di questi delitti nell'art. art. 472 comma 3-*bis* c.p.p.

anni, può consentire la pubblicazione.

CAPITOLO IV

L'audizione del minore in dibattimento

Sommario: 1. *Cross-examination* ed “esame filtrato”.- 2. Il giudice come garante della corretta assunzione delle testimonianze.- 3. Gli ausiliari del giudice e il loro ruolo nello svolgimento dell'esame.- 4. Svolgimento dell'esame dibattimentale con le modalità di cui art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.- 5. L'esame schermato e l'ausilio della tecnologia.- 6. Forzature giurisprudenziali per evitare al minore la deposizione in giudizio.- 6.1. Critiche dottrinali alle forzature giurisprudenziali.- 7. Possibili spunti di riforma.

1. *Cross-examination* ed “esame filtrato”.

Nella fase dibattimentale, il nostro processo penale è regolato dal principio del contraddittorio, nell'ambito del quale uno dei principali mezzi di acquisizione della prova testimoniale è rappresentato dall'utilizzo della tecnica della *cross-examination*, considerata la più efficace, atta a separare la verità dalla menzogna e a conferire affidabilità e garanzia di tenuta ai contributi narrativi. Essa consiste nell'esame incrociato, ovvero un serrato alternarsi di domande e risposte su specifici fatti in un dialogo condotto dalle parti, dove lo stesso tema è vagliato da opposte prospettive: in questo modo, si ottiene il massimo contributo probatorio da testi ed imputati, con il

più basso rischio di false dichiarazioni, dal momento che la verità verrebbe a manifestarsi, indipendentemente dal volere delle parti. Si ha, così, un esame incrociato a formazione progressiva, poiché si articola nell'esame diretto, nel controesame e nel riesame, che prevede l'assegnazione al pubblico ministero e all'avvocato (o agli avvocati) della facoltà di porre direttamente le domande al teste, senza l'intermediazione del giudice, il quale deve soltanto operare un controllo di legalità dell'esame (oltre a vedersi riconosciuti dei poteri di intervento di carattere residuale)⁹³.

Ovviamente, si è consapevoli della complessità dell'ingranaggio processuale, che, con la virulenza dialettica, mira da una parte a indurre in contraddizione il teste mendace, mentre dall'altra mette alla prova quello poco attendibile; le persone coinvolte, anche se maggiorenni, subiscono grande pressione psicologica: infatti nella maggior parte dei casi, l'esperienza è fonte di ansia, stress e disorientamento, oltre al fatto che la pressione psicologica può, altresì, comportare l'erosione delle capacità psichiche.

La presa d'atto di tutte queste considerazioni ha portato a «chiedersi se il metodo del contraddittorio fosse compatibile con la fragilità di un dichiarante dalla personalità ancora incerta e in lotta per assumere una configurazione stabile»⁹⁴, le caratteristiche del quale sono la vulnerabilità e la facile suggestionabilità. La risposta a tali preoccupazioni, a ben guardare, si trova nella lettura dell'art. 111 comma 4 Cost., che fissa il principio del contraddittorio nella formazione della prova come regola del nostro processo penale.

93 C.Cesari, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni, in A.A.V.V., Il minorenni fonte di prova nel processo penale, a cura di C. Cesari, Giuffrè, Milano, cit., pag. 222- 223; F. Callari, L'assunzione della testimonianza sulla scena del processo penale: individuazione dei ruoli, tra giudice e parti, nella conduzione dell'esame dibattimentale, in Riv. it. d. proc. pen., fasc. 4, 2013, pag. 1834-1835

94 C.Cesari, La "campana di vetro", cit., pag. 219

Tale articolo, in realtà, afferma solamente che la prova si forma nel contraddittorio, non definendo un modello comportamentale unico e rendendo, in tal modo, flessibile il metodo del contraddittorio, modulabile da parte del legislatore secondo canoni differenziati, che assicurano la partecipazione paritetica dei contendenti alla formazione delle prove giudiziale ma temperando gli aspetti più traumatizzanti delle metodologie di formazione della prova.

Il metodo dialettico del contraddittorio, dunque, non sarebbe incompatibile di per sé con la testimonianza del minore, ma diventerebbe lesivo per la serenità e l'attendibilità del teste minorenni solo quando assumesse la sua massima estensione nella forma dell'esame incrociato⁹⁵.

Il legislatore è, quindi, intervenuto in merito, disponendo una deroga alle modalità aggressive dell'esame incrociato, attraverso la trasformazione dell'esame dibattimentale del minore in un esame filtrato, in cui vi è un arretramento del ruolo proprio delle parti, in ragione della prioritaria necessità di tutelare la serenità del testimone. L'articolo di riferimento è il 498 comma 4 c.p.p., in cui si stabilisce che l'esame testimoniale del minorenni è condotto dal Presidente del Collegio giudicante o dal Giudice monocratico procedente, il quale ha la facoltà di avvalersi dell'ausilio di un familiare o di un esperto in psicologia infantile.

La differente soluzione dell'esame mediato viene adottata indipendentemente dalla situazione concreta del minore, poiché la lesività della serenità del teste minorenni si ritiene presunta e si garantisce così una tutela preventiva della personalità di questo⁹⁶.

L'art. 498 comma 4 c.p.p., comunque, non esclude definitivamente

95 F. Cassibba, La tutela dei testimoni, cit., pag. 310-311; C. Cesari, La "campana di vetro" cit., pag. 223 ; R. Casiraghi, La prova dichiarativa, cit., pag. 514

96 C. Pansini, Le dichiarazioni del minore, cit., pag. 115

l'uso in dibattimento dell'esame diretto, poiché nel penultimo periodo viene affidato al giudice il potere di disporre con ordinanza che si “proseguia” con le forme ordinarie, a patto che queste non siano reputate nocive della serenità del minore e dopo aver sentito le parti. Quest'ultima ordinanza potrà essere revocata, ritornando alla modalità iniziale, non appena i toni si facciano di nuovo aspri e ci sia il rischio di una compromissione della serenità del minore; «l'espressa revocabilità di tale provvedimento nel corso dell'esame risponde all'estrema poliedricità delle situazioni prospettabili (le caratteristiche del reato per cui si procede, il minorene sufficientemente adulto sotto il profilo anagrafico e psicologico, il coinvolgimento nel reato del minore stesso o dei familiari, il concreto andamento dell'escussione) e all'opportunità di limitare il contraddittorio solo nei margini della stretta necessità»⁹⁷.

L'utilizzo del verbo “proseguire” sembrerebbe stabilire che, per il solo fatto che il teste sia minorene, l'esame debba in ogni caso incominciare con le modalità filtrate previste dal comma 4 dell'art. 498 c.p.p. e l'ordinanza presidenziale debba essere resa necessariamente solo ad escussione iniziata, tesi⁹⁸, questa, ulteriormente avvalorata dall'impossibilità di rendere una valutazione compiuta di non dannosità per il sereno sviluppo della personalità del minore prima dell'inizio dell'esame stesso.

Tuttavia, secondo un'autorevole dottrina, la locuzione « prosegua » presuppone, sì, che l'escussione testimoniale inizi con le modalità dell'esame filtrato, ma è altresì vero che, l'inciso « se ritiene », contenuto nello stesso comma 4 dell'art. 498 c.p.p., induce a

⁹⁷ L. Scomparin, La tutela del testimone nel processo penale, cit., pag. 318

⁹⁸ F. Rizzo, L'esame del minorene, in Dig. disc. pen., tomo I, Agg. 3°, Utet Giuridica, Torino, 2005, pag. 446 ; C. Pansini, Le dichiarazioni del minore, cit., pag. 114; G. Frigo, Sub art. 499 c.p.p., A.A.V.V., Commento al nuovo codice di procedura penale, coordinato da M. Chiavario, vol. V, Utet, Torino, 1991, p. 219; B. Romano, La tutela penale della sfera sessuale, cit., pag. 206; C. Cesari, La “campana di vetro”, cit., pag. 226

pensare che al presidente sia consentito “gestire” liberamente la necessità di contemperamento tra la tutela della serenità del minore e la salvaguardia del diritto delle parti di condurre personalmente l'esame. Dunque l'esame incrociato potrebbe essere disposto sin dall'inizio della deposizione, fatta salva la possibilità di revocare l'ordinanza nel corso della testimonianza nel caso in cui appaia evidente che il minore non è in grado di sottoporvisi senza ricorrere in un pregiudizio⁹⁹.

2. Il giudice come garante della corretta assunzione della testimonianza.

L'art. 498 comma 4 c.p.p. affida al giudice la conduzione dell'esame del minore, affinché la fonte vulnerabile abbia quale interlocutore un soggetto imparziale, privo di ostilità e di aggressività; infatti, questo è titolare della funzione giurisdizionale e garante del rispetto delle regole poste a fondamento della legalità del procedimento probatorio, oltre a fungere da filtro, poiché vigila sulla corretta assunzione del contributo espositivo nella testimonianza e garantisce compiutamente anche la serenità del minore posto sotto esame.

Si ritiene che le principali iniziative del giudice possono essere ricondotte in due ampie sfere di azione: l'una è un'attività preliminare all'escussione del teste, finalizzata a rendere quest'ultimo consapevole della propria funzione nel processo e che si esplica essenzialmente attraverso avvertimenti; l'altra è contestuale all'esame, volta al controllo del rispetto delle regole che governano l'escussione testimoniale e assicura un rapporto

⁹⁹ F. Cordero, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 679; F. Callari, *L'assunzione della testimonianza*, cit., pag. 1852

tranquillo tra il minore e i suoi interlocutori. In riferimento a quest'ultimo, la dottrina¹⁰⁰ ha ritenuto priva di fondamento la tesi sostenuta dalla giurisprudenza¹⁰¹ secondo cui per l'esame del testimone minorenne, non sono invocabili i canoni di escussione forniti dall'art. 499 c.p.p., posto che le regole tecniche stabilite per i maggiorenni possono essere eluse per i minorenni. Secondo l'orientamento dottrinale, invece, è necessario che il giudice prima di dar voce alle domande formulate dalle parti, verifichi che non si faccia ricorso, poiché vietate, a domande nocive o suggestive (art. 499 commi 2 e 3 c.p.p.), che venga rispettato il divieto di domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa (all'art. 472 comma 3-bis), salvo il suo superamento ai fini della ricostruzione del fatto; il giudice cura altresì, che venga rispettata la personalità esaminata (art. 499 comma 4 c.p.p) con potere di intervento, anche d'ufficio. Infine, l'art. 499 comma 6 c.p.p. affida al presidente del collegio il compito di assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni. L'intervento del giudice è diretto, in particolare, a tutelare valori come la dignità, il decoro, la reputazione sociale della persona, così da evitare che l'esame diventi occasione per offendere, aggredire verbalmente o comunque per mettere in cattiva luce colui che è chiamato ad assolvere l'ufficio di testimone. A tal fine può adottare, anche *ex officio*, i rimedi più opportuni, che possono tradursi in un potere di veto in ordine alla formulazione del quesito e della conseguente risposta. Qualora la lesività derivi dai

100 N. Galantini, Commento agli artt. 13-14, cit. pag.428 ; C.Cesari, La "campana di vetro",cit., pag.230; F. Callari, L'assunzione della testimonianza, cit., pag.1860; F.Cassibba, La tutela dei testimoni "vulnerabili", cit., pag.307-309; R. Casiraghi, La prova dichiarativa, cit., pag. 515-516; L. Scomparin, La tutela del testimone nel processo penale, cit., pag. 317; C. Pansini, Le dichiarazioni del minore, cit., pag. 116;

101 Cass. pen., Sez. III, 27 luglio 1995, Ranieri, in Dir. pen. proc.,1995, pag. 1054; Cass. pen., Sez. III, 13 febbraio 2008, Scoppettuolo, CED 239966

termini impiegati, il giudice potrà riformulare il quesito, ma non dovrà mai stravolgere il senso della domanda, non potendo eliminare o aggiungere temi di prova nella nuova formulazione. Ovviamente la parte, allorquando reputi la nuova formulazione sostanzialmente diversa dall'originaria, potrà sempre esigere la correzione sino a rinunciare, così come le è riconosciuto il diritto di invocare una nullità a regime intermedio ex art. 178 lett b) e c) c.p.p.

Riguardo il potere discrezionale del giudice, sono sorte delle preoccupazioni concernenti il rischio concreto che l'intervento del giudice possa divenire "prevaricatore", dato che, nella formulazione delle domande, è difficile che costui svolga il solo ruolo di mero "portavoce" dell'accusa e della difesa¹⁰²; inoltre, l'equilibrio tra le parti ed il giudice, nell'ambito dell'assunzione della prova testimoniale, sembra non essere garantito appieno sotto il profilo dell'ampia discrezionalità dell'organo giurisdizionale, nella scelta della tecnica di escussione da adottare nei confronti del minore. Ancora, lascia perplessità la genericità della norma che non fornisce alcuna indicazione su quando e in che modo il giudice potrà avvalersi dell'ausilio psicologico infantile o del familiare¹⁰³.

3. Gli ausiliari del giudice e il loro ruolo nello svolgimento dell'esame.

L'art. 498 comma 4 c.p.p. assegna al presidente la facoltà di avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile; il diritto all'assistenza affettiva e psicologica

¹⁰² F. Callari, L'assunzione della testimonianza sulla scena del processo penale, cit., pag. 1851

¹⁰³ C. Pansini, Le dichiarazioni del minore nel processo penale, cit., pag. 116; G. Giostra, La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità, cit., pag. 1851-1852

rappresenta un elemento eventuale dell'approccio metodologico nell'ascolto del minore, che valorizza massimamente le istanze di tutela della sua fragilità psico-fisica e garantisce efficacia conoscitiva all'esame.

Quanto alla figura di supporto al minore, non è ben definito l'ambito entro cui possa essere compiuta la scelta: si tratta, infatti, di due figure che la norma considera alternative l'una all'altra, da scegliere a seconda dei casi, in ragione delle diverse funzioni che sono deputate ad assumere¹⁰⁴.

Il familiare, quale figura affettiva, è chiamato a assicurare il minore, rendendo meno estraneo il contesto dell'audizione, poiché, come insegna l'esperienza, il minore, soprattutto se bambino, è «disturbato dal rapporto con persone sconosciute, tanto più quando avvenga che non gli siano fisicamente vicini determinati soggetti la cui presenza è rassicurante»¹⁰⁵. Si sottolinea come il legislatore, in riferimento alla figura affettiva, abbia utilizzato il termine generico “familiare”, che indica l'appartenenza, a qualunque titolo e in qualunque grado, alla famiglia del minore e non solo ai due genitori, fermo restando che i familiari diventino inammissibili se coinvolti direttamente o indirettamente nel procedimento penale, anche solamente sotto il profilo potenziale.

L'esperto è un soggetto professionalmente qualificato, con funzioni di sostegno linguistico del giudice, e non di sostegno psicologico del minore. Dinanzi al rischio nella prassi di assegnazione di un ruolo primario nella conduzione dell'esame allo psicologo, il quale in considerazione della sua preparazione tecnica, potrebbe essere in grado, lui da solo, astrattamente, di svolgere più funzioni come condurre l'esame, l'esprimersi un giudizio sull'idoneità del minore a

104 C. Cesari, La “campana di vetro”, cit., pag. 234

105 D. Carponi Schittar, L'esame orale del bambino nel processo penale, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 41; R. Casiraghi, la prova dichiarativa, cit., pag. 518; C. Cesari, La “campana di vetro”, cit., pag. 232

rendere testimonianza o formulare un giudizio sulla credibilità della deposizione resa, assistere il minore in sede extraprocessuale (art. 609-*decies* c.p.) o svolgere accertamenti psicologici sul contesto familiare da cui proviene il minore, bisogna evidenziare che così facendo si andrebbe a invadere il campo riservato dalla legge alle parti e al giudice, mettendo in pericolo equilibri processuali e principi cardine del sistema¹⁰⁶: innanzitutto perché il diritto alla prova e il principio del contraddittorio implicano che l'introduzione e la materiale formazione della prova siano gestite delle parti e solo in via sussidiaria dal giudice, dunque non c'è spazio per un governo della prova affidato a soggetti diversi da questi, quali gli psicologi; in secondo luogo, per evitare il rischio di parzialità, occorre separare i compiti affidandone la trattazione a diversi esperti, in modo che colui che coadiuva il presidente nella fase dibattimentale sia persona diversa da quella chiamata ad assistere il minore in sede extraprocessuale. L'esperto, d'altro canto, ex art. 498 comma 4 c.p.p., non potrà identificarsi con il perito eventualmente nominato ai sensi dell'art. 196 comma 2 c.p.p.: questo, allo scopo di evitare che l'attività d'assistenza all'esame possa essere influenzata dalla «tentazione di convalidare con il prodotto della testimonianza i propri giudizi sull'idoneità o persino sull'attendibilità del testimone»¹⁰⁷.

In tal senso si esprime anche la Carta di Noto al suo articolo 17, per il quale: «La funzione dell'esperto incaricato di effettuare una valutazione sul minore a fini giudiziari deve restare distinta da

106 C.Casari, La "campana di vetro" cit., pag. 239-41

107 R. Casiraghi, La prova dei testimoni vulnerabili, cit., pag. 521; secondo M. G. Coppetta, Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio, cit., pag. 147, non bisogna delegare l'assunzione della testimonianza allo psicologo perché è un soggetto privo di competenze tecnico-giuridiche necessarie per la formazione della prova nel processo; D.Carponi Schittar, L'esame orale del bambino nel processo penale, cit., pag. 20-21

quella finalizzata al sostegno e trattamento e va pertanto affidata a soggetti diversi. La distinzione dei ruoli e dei soggetti deve essere rispettata anche nel caso in cui tali compiti siano attribuiti ai Servizi Socio-Sanitari pubblici. In ogni caso, i dati ottenuti nel corso delle attività di sostegno e di terapia del minore non sono influenti, per loro natura, ai fini dell'accertamento dei fatti, che è riservato esclusivamente all'Autorità Giudiziaria. La stessa persona che ha svolto o sta svolgendo a favore della presunta vittima attività psicoterapeutica o di sostegno psicologico non può assumere il ruolo di esperto in ambito penale. Fatta eccezione per i casi di rilevante e accertata urgenza e gravità di disturbi a livello psicopatologico del minore, l'avvio di un percorso terapeutico deve avvenire dopo l'acquisizione della testimonianza per evitare eventuali inquinamenti.»

La Corte di Cassazione¹⁰⁸ ha ribadito più volte che il ruolo dell'esperto ex art. 498 comma 4 c.p.p è quello di tradurre il linguaggio dell'adulto, favorendo la comunicazione con il minore, soprattutto qualora questi sia di tenera età e che non ricorre alcuna ipotesi di nullità ove sia il giudice a condurre direttamente l'assunzione della prova testimoniale, perché è lo stesso art. 498 comma 4 c.p.p che gli affida la conduzione dell'esame e la nomina dell'esperto in psicologia infantile è solo eventuale. Si è anche sostenuto che, nella prospettiva di una riforma, si potrebbe introdurre l'intervento di sostegno preventivo di uno psicologo o di un assistente sociale, al fine di dare un supporto psicologico al minore prima che deponga in tribunale: l'esperto avrà il compito di mostrare al minorenne i luoghi in cui si svolgerà l'esame per ridurre l'impatto traumatico degli ambienti, spiegandogli cosa aspettarsi da

108 Cass. pen., Sez VI, 11 dicembre 2001, Firemi, in Guid. dir., 2002, fasc. 23, pag. 57; Cass. pen., Sez. III, 15 febbraio 2008, n. 11130, in Cass. pen., 2009

quel contesto. Inoltre, sarebbe bene che un magistrato giudicante fosse presente, che l'attività fosse documentata mediante videoregistrazione e che l'esperto che abbia svolto la funzione di sostegno preventivo del minore, fosse diverso da quello chiamato poi a condurre l'esame¹⁰⁹.

4. Svolgimento dell'esame dibattimentale con le modalità di cui art 398 comma 5-bis c.p.p.

Le attenzioni a tutela del minore sono state aumentate dall'art. 13 comma 6 della legge 3 agosto 1998 n. 269, che ha inserito i commi 4-*bis* e 4-*ter* nell'art 498 c.p.p., i quali prevedono un esame protetto e, in particolari ipotesi, uno schermato; in entrambi i casi il ruolo riservato alle parti assicura che non si tratti di vere e proprie deroghe al contraddittorio, «il confronto tra le parti resta tale, in fin dei conti, anche se svolto a bassa voce o in separata sede»¹¹⁰.

Il comma 4-*bis* dell'art. 498 c.p.p., rinviando all'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., prevede la possibilità di estensione delle modalità protette dell'incidente probatorio alla fase dibattimentale se una parte lo richiede ovvero se il giudice lo ritiene necessario.

Il rinvio della norma disciplinante l'esame dibattimentale alle sole modalità di espletamento dell'audizione protetta ex art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., secondo alcuni¹¹¹, escluderebbe sia la facoltà di condurre l'esame in spazi diversi da quelli del tribunale, sia l'operatività dei relativi presupposti, con la conseguenza che sarà consentito l'espletamento delle modalità dell'incidente probatorio anche nei procedimenti per i reati diversi da quelli tassativamente

109 C. Cesari, La "campana di vetro", cit., pag. 244

110 C. Cesari, La "campana di vetro", cit., pag. 250

111 R. Casiraghi, La tutela dei testimoni vulnerabili, cit., pag. 524; F. Cassibba, La tutela dei testimoni "vulnerabili", cit., pag. 323

indicati dall'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.

Altri¹¹² sostengono che i presupposti operativi possano ugualmente essere applicati in fase dibattimentale, benché manchi il rinvio espresso, per il fatto che l'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p. opera in collegamento con il comma precedente e, quindi, si riferisce in generale a tutti i casi di assunzione della prova testimoniale da un minore.

Sia con l'una che con l'altra ricostruzione si evidenzia la differenza rispetto a quanto previsto per l'incidente probatorio; infatti, la previsione relativa all'esame dibattimentale ha una portata maggiore dal punto di vista oggettivo, poiché l'applicabilità della norma non è circoscritta a determinate ipotesi delittuose, ma è applicabile a tutti i reati¹¹³.

Il comma 4-*bis* dell'art. 498 c.p.p. concede sì alle parti la facoltà di chiedere l'audizione protetta, ma lascia al giudice ampia discrezionalità nell'individuazione delle modalità più opportune, plasmando le forme di assunzione della prova sulle esigenze del minore; sebbene manchi «un'elencazione almeno esemplificativa, degli accorgimenti adottabili»¹¹⁴, si cerca di individuare la metodica più utile a tutelare il minore, ad esempio facendo una scansione dei tempi non faticosa e compatibile con i ritmi di vita del minorenne, stabilendo lo svolgimento dell'esame del testimone fuori dall'aula di udienza in strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione del minore, fino all'adozione di tecniche di comunicazione differenziate (disegni, bambole anatomiche) che permettono al testimone di esprimersi nel modo a lui più confacente. La genericità e l'ampiezza della disposizione potrebbe indurre a ritenere che si consenta il ricorso anche a vetri

112 C. Cesari, La "campana di vetro", cit., pag. 252

113 G. Giostra, La testimonianza del minore, cit., pag. 1019

114 R. Casiraghi, La prova dichiarativa, cit., pag. 523 e 529; F. Cassibba, La tutela dei testimoni "vulnerabili", cit., pag. 325

specchio unidirezionali e ad impianti citofonici o a sistemi di videoconferenza, ma se così fosse, non ci sarebbe stata alcuna necessità di duplicare la previsione nel successivo comma 4-*ter* dello stesso articolo, il quale prevede l'utilizzo di tali strumenti in fase dibattimentale alle sole fattispecie maggiormente delicate in termini di tutela del minore¹¹⁵.

Riguardo le tecniche di documentazione dell'esame, l'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. ne dispone la documentazione integrale, invece l'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p. nulla dice a riguardo, ma ritenendo il rinvio all'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. generale, si può sostenere che la documentazione integrale dell'esame debba essere fatta anche in udienza dibattimentale. Il bisogno di completezza della documentazione, infatti, è avvertito anche in dibattimento poiché spesso il bambino non usa il metodo del dialogo per comunicare ma si esprime attraverso la gestualità, disegni, giochi, e per questo l'esame dibattimentale non può essere efficacemente raccontato, ma solo videoripreso¹¹⁶.

5. L'esame schermato e l'ausilio della tecnologia.

In base al comma 4-*ter* dell'art. 498 c.p.p. quando si procede per uno dei delitti di cui gli artt. 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis* c.p., l'esame del minore vittima del reato viene effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unidirezionale unitamente ad un impianto citofonico. Qui le condizioni sono più restrittive rispetto al precedente comma 4-

115 C. Cesari, La "campana di vetro" cit., pag. 153 ; L. Scomparin, La tutela del testimone nel processo penale, cit., pag. 312

116 C. Cesari, La "campana di vetro", cit., pag. 254

bis, poiché si può richiedere l'esame schermato solo se si procede per uno dei reati tassativamente indicati e a condizione che il minore sia vittima¹¹⁷ e non anche testimone, oltre al fatto che lo possano richiedere solo la vittima o il suo difensore, escludendo apparentemente che il giudice possa attivarsi *ex officio* per disporlo nell'inerzia delle parti.

Tale metodica consente di collocare in un ambiente separato rispetto all'aula d'udienza il soggetto debole, affinché sia sottratto al confronto visivo, ritenuto potenzialmente traumatico, con l'accusato. Inoltre, il dato letterale, anche se il legislatore non lo ha precisato specificatamente, sembrerebbe propendere per una separazione fisica anche tra interrogato e interrogante, prevedendo eventualmente, a fianco del minore, il familiare e/o l'esperto. In merito a quest'ultima possibilità, sempre più frequente nella prassi, si ritiene possa delegarsi la conduzione dell'esame all'esperto, che assumerà il ruolo di diretto interlocutore, solo quando questa appaia l'unica misura in grado di tutelare effettivamente il minore che sia in tenera età e/o abbia una particolare condizione psicologica. Rimane, comunque, preclusa all'esperto «l'autonomia a revisionare il contenuto delle domande proposte dalle parti o a formularle senza il rigoroso rispetto dei divieti probatori: spetterà al presidente, anche a seguito di una sollecitazione delle parti, vigilare sulla corretta conduzione del colloquio, intervenendo attraverso il citofono qualora l'esperto oltrepassi le proprie attribuzioni»¹¹⁸.

117 Secondo C. Di Giacomo, La tutela del minore in sede di audizione testimoniale e le prospettive di attuazione della Decisione Quadro del Consiglio 2001/220/GAI, in Cass. Pen., 2011, pag. 746 e 757, invece in base all'art 2 della decisione quadro il riferimento dell'art 498 comma 4-ter c.p.p. alla nozione di vittima del reato sarebbe idoneo a ricomprendere, oltre al titolare del bene giuridico offeso, anche la persona fisica che abbia subito un pregiudizio mentale o una sofferenza psichica causati direttamente da atti che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro

118 R. Casiraghi, La prova dichiarativa, cit., pag. 525-526

La comunicazione avverrà tramite l'impianto citofonico, che permette al difensore e al pubblico ministero di proporre nuove domande ed ottenere alcuni chiarimenti.

L'isolamento visivo ed uditivo facilita la realizzazione di un ambiente totalmente immune da possibili contaminazioni della serenità del minore dandogli l'impressione che non ci siano nessuno fuori ad ascoltarlo.

6. Forzature giurisprudenziali per evitare al minore di deporre in giudizio.

E' delicato l'equilibrio tra contrapposti interessi sottesi alla disciplina della testimonianza dei minori. A tal riguardo, da tempo, la giurisprudenza, non ritenendo sufficienti i presidi contemplati dalla legge per l'esame del minore in giudizio e con l'intento di privilegiare la protezione della personalità del minore, anche a costo di sottrarlo ad elementi di verifica del suo contributo testimoniale, aggira *tout court* l'escussione dibattimentale, utilizzando le scorciatoie del sistema.

Tra i diversi istituti processuali su cui fa leva, troviamo l'incidente probatorio atipico, al quale la Corte di Cassazione attribuisce grande importanza: come abbiamo potuto constatare nel capitolo precedente, la procedura suggerita dall'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., permette al giudice di tenere l'esame del minore deponente in luoghi alternativi e di minor impatto rispetto alle aule di tribunale, conformando le modalità di escussione del minore in ragione delle concrete esigenze di tutela. Inoltre, con questo, si consente al minore di risparmiare la lunga attesa del momento dibattimentale, favorendone la rapida uscita dalla scena processuale, in linea con

quanto affermato dalla raccomandazione n. 13 del 10 settembre 1997 del Consiglio d'Europa, i cui articoli 24 e 25 invitano gli stati a prevedere che l'audizione del testimone vulnerabile avvenga il più presto possibile e non sia ripetuta nel proseguo del procedimento: tramite l'incidente probatorio, infatti, si anticipa l'esame del minore, rendendolo così tendenzialmente irripetibile in sede dibattimentale, poiché si ha la cristallizzazione del contributo conoscitivo «deperibilissimo e manipolabilissimo»¹¹⁹ del soggetto minore, altamente suggestionabile. La Corte di Cassazione¹²⁰ ha così ritenuto che il rigetto della richiesta di nuova audizione dei minori esaminati in incidente probatorio trovi solido fondamento nella *ratio legis* dell'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p, che prevede determinate forme per esigenze di tempestività, di genuinità della prova e di salvaguardia dell'integrità psicologica dei testimoni, evitando loro di rivivere, a distanza di tempo, traumatiche esperienze subite. Dunque, a parere della Corte¹²¹, l'incidente probatorio è lo strumento più adatto a bilanciare le diverse esigenze processuali, quando a testimoniare sia una vittima vulnerabile, nella convinzione che sia fondamentale l'esigenza di ridurre al minimo le ripetizione degli ascolti del minore, al fine di proteggerlo.

Nei casi in cui, invece, non sia stato possibile esperire l'incidente probatorio atipico, ma si vogliano recuperare le dichiarazioni rese dal minorenni anteriormente e al di fuori del procedimento, in contesti privati, oppure nel corso delle indagini preliminari, la giurisprudenza ha elaborato due *escamotages* per evitare del tutto la *performance* dibattimentale del testimone minore di età, pur senza perdere il suo contributo alla ricostruzione dei fatti.

119 G. Giostra, La testimonianza del minore, cit., pag. 1022

120 Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2002, n. 514, Panaccione, in Cass. pen., 2004, pag. 1301

121 Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2013, n.39766, M., in Dir. pen. e proc., fasc.8, 2014, pag. 978

Una di queste è la testimonianza indiretta, prevista dall'art. 195 c.p.p., in base al quale è testimone indiretto colui che riferisce un fatto non percepito personalmente (cioè con uno dei 5 sensi), ma appreso a seguito di una rappresentazione fattagli da altri a voce, in forma scritta, gestuale o con altro mezzo.

In questo tipo di testimonianza c.d. di secondo grado, con cui si consente l'ingresso nel processo di dichiarazioni extraprocessuali, in deroga ai principi accusatori dell'acquisizione probatoria, non si può esercitare un completo controllo di verosimiglianza in ordine a tutti gli aspetti del fatto, venendo così a restringersi l'area dell'oralità, poiché si riducono gli spazi del controesame e delle eventuali contestazioni, ed «è solo con la citazione del testimone di primo grado che il sistema volto alla tutela del contraddittorio e dell'oralità viene ristabilito»¹²²: per questo, il 1 comma dell'articolo 195 c.p.p. dispone che il giudice, a richiesta di parte, chiami a deporre le persone da cui il testimone indiretto riferisce di aver appreso la notizia. L'inosservanza della previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 195 c.p.p., produce l'inutilizzabilità ex art. 195 comma 3 c.p.p. delle dichiarazioni rese dal testimone *de relato*. La sanzione di inutilizzabilità, tuttavia, non opera quando risulti provato che l'esame del testimone diretto è impossibile per morte, infermità o irreperibilità.

La giurisprudenza¹²³ ha manifestato, sin dalle prime pronunce, la tendenza a forzare l'interpretazione della norma, considerando le ipotesi di impossibilità a procedere all'esame del teste di riferimento, elencate nel comma 3 dell'art. 195 c.p.p., come suscettibili di applicazione a casi analoghi, quali la rimozione psichica del fatto oppure la tenerissima età del soggetto. In alcune

¹²² R. Aprati, Diritto della controprova, in Cass. pen., 2004, pag. 616

¹²³ Cass. pen., Sez. IV, 25 marzo 1998, Sandrelli, in Guid. dir., 1998, n.23, pag.87 ; Cass. pen., Sez. II, 13 febbraio 1993, Mei, in Giur. it, 1994, pag. 81

di queste pronunce¹²⁴ il concetto di infermità veniva esteso al punto da ritenere assimilabile la giovanissima età ad una sorta di infermità mentale, poiché, in questa fase, si riteneva che quello che caratterizzava il bambino fosse una totale incapacità di discernimento tra realtà e fantasia: in tal caso si reputa di dover considerare utilizzabile, pur in mancanza dell'esame della fonte diretta, la testimonianza *de relato*. In altre occasioni¹²⁵, invece, si era sostenuta l'utilizzabilità della testimonianza *de relato*, avente ad oggetto confidenze rese dal minore ai genitori, solo nel caso in cui lo stesso minore avesse rimosso dalla memoria il ricordo degli eventi, sulla base del presupposto che l'amnesia retrograda, ovvero un meccanismo psichico di difesa di rimozione dei ricordi dolorosi, fosse assimilabile ad una infermità psichica che avrebbe reso impossibile la testimonianza dei minori.

In un successivo momento, la Suprema Corte ha cambiato orientamento¹²⁶ ed ha enunciato un diverso indirizzo interpretativo, secondo il quale le ipotesi di impossibilità di avere in dibattimento il teste diretto, così come elencate dall'art. 195 comma 3 c.p.p., devono essere interpretate in modo tassativo escludendo situazioni di impossibilità affettiva: ne consegue l'inutilizzabilità della testimonianza indiretta, in ogni caso ove la consueta impossibilità dell'esame dipenda da circostanze diverse, sempre che vi sia stata la richiesta di parte per l'audizione del soggetto di riferimento. Di recente, però, il giudice di legittimità¹²⁷ ha nuovamente escluso che l'elencazione dell'art. 195 comma 3 c.p.p.

124 Cass. pen., Sez. I, 13 marzo 1997, n. 7947, Mandalà, in Cass. pen., 1998, pag. 2424

125 Cass. pen., Sez. III, 24 giugno 1998, Scardaccione, in Guid. dir., 1998, fasc. 37, pag. 88

126 Cass. pen., 28 novembre 2001, Muscas, in Arch. n. proc. pen., 2002, pag. 714; Cass. pen., Sez. III, 7 giugno 2002, n. 1360, Dalfino, in Cass. pen., 2004; Cass. pen., Sez. III, 2 luglio 2003, Bainsi, CED 226544

127 Cass. pen., 11 novembre 2003, Fozzato, in Guida dir., 2004, fasc. 12, pag. 78; Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 2004, Cerciello Parisi, CED 228618

abbia carattere tassativo, ritenendo possibile sia l'applicazione estensiva ad altri casi di impossibilità individuabili nella pratica, di volta in volta, sia l'applicazione a casi analoghi: in particolare, le sentenze ammettono l'utilizzo della testimonianza *de relato* in quei casi in cui la serenità e l'equilibrio del minore siano talmente labili da tradursi in una conclamata infermità.

Non è dissimile l'impostazione estensiva della giurisprudenza in riferimento all'art. 512 c.p.p., ricordando, innanzitutto, che il comma 1 di tale articolo stabilisce che il giudice, su richiesta di parte, disponga che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dal difensore delle parti e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne sia divenuta impossibile la ripetizione. «Il fine della norma è quello di prevenire la perdita di utili strumenti di formazione del sapere giudiziale, perdita causata da sopraggiunti fattori che ne impediscono la rinnovazione con dibattimento e che sfuggono ad ogni valutazione di tipo prognostico»¹²⁸. Il disposto dell'art. 512 c.p.p. è stato introdotto come previsione di carattere eccezionale, in quanto deroga al principio di formazione dibattimentale della prova nel contraddittorio orale delle parti processuali, è poi divenuto espressione del principio di non dispersione dei mezzi di prova, principio concorrente con quello dell'oralità, nella ricerca della verità quale fine primario ed ineludibile del processo penale¹²⁹.

La Corte di Cassazione¹³⁰, chiamata a pronunciarsi sul tema della impossibilità di ripetizione di atti assunti nel corso delle indagini

128 T. Cavallaro, L'applicabilità dell'art 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio, in Cass. pen., 2002, in nota alla sentenza 25 settembre 2000, Galliera, pag.1064

129 C. Cost. 3 giugno 1992, n. 254, in Giur. cost., 1992, pag. 1932; C. Cost., 3 giugno 1992, n. 255, in Giur. cost., 1992, pag.1961

130 Cass. pen. Sez. III, 25 settembre 2000, Galliera, n. 152, in Cass. pen., 2002, pag. 614

cagionata da fatti o circostanze imprevedibili ai fini della ammissibilità delle letture dibattimentali, ha sostenuto che il concetto di impossibilità di ripetizione degli atti, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., con conseguente loro inserimento tramite lettura tra le prove utilizzabili, non è ristretto alla non praticabilità materiale di reiterazione (che si verifica, ad esempio, in caso di morte od irreperibilità accertata del teste), ma è estensibile a tutte le ipotesi in cui una dichiarazione non può essere utilmente assunta per le peculiari condizioni del soggetto, che lo rendono non più escutibile: tra queste, ha annoverato lo stato morboso, sia pure di origine non organica, consistente in una situazione di grave stress psicologico di un soggetto minorenne, che renda impossibile l'esame dibattimentale a causa dei danni irreversibili che potrebbero derivare nel caso di sottoposizione ad un esame dibattimentale che lo costringa a ripercorrere gli eventi delittuosi da cui è rimasto offeso. La corte ha, quindi, ritenuto che l'impossibilità di escussione di un teste per infermità non debba necessariamente dipendere dall'esistenza di uno stato patologico in atto che renda non praticabile l'esame nella sua materialità, ma possa anche derivare dal pericolo concreto che, procedendo all'esame, si determini una malattia quale conseguenza del carico emotivo della deposizione. La condizione perché ciò sia possibile è che «ogni giudizio sulla prevedibilità degli eventi che rendano impossibile la ripetizione di un atto debba essere il frutto di una prognosi effettuata *ex ante* ma con un contenuto doppiamente individualizzante: tanto con riferimento alla situazione personale del soggetto che ha reso dichiarazioni, quanto con riguardo alla natura del fatto, della patologia, dell'evento, che materialmente hanno causato la impossibilità di ripetizione»¹³¹. Si stabilisce, così,

¹³¹ Ardita, La prevedibilità ex art. 512 c.p.p. dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave

che la mancata assunzione della prova in tribunale non è conseguenza della provocata indisponibilità del minore a ripetere le dichiarazioni, a causa della quale poteva essere genericamente temuta e prevista *ex ante*, ma che la stessa è un effetto legato a quelle determinate condizioni personali della vittima specificate in un quadro diagnostico, così delineate solamente dopo la chiusura delle indagini preliminari.

6.1. Critiche dottrinali alle forzature giurisprudenziali.

Gli orientamenti giurisprudenziali, appena esaminati, volti ad evitare al minore fonte di prova lo stress di deporre come teste in giudizio sono stati largamente criticati dalla dottrina¹³². Questa, innanzitutto, in riferimento all'incidente probatorio speciale, pur apprezzandone la ratio volta alla tutela della personalità del minore e alla genuinità della prova, ne critica la previsione rigida secondo la quale questo debba fungere da sede esclusiva di escussione in ogni procedimento, negando in maniera assoluta lo svolgimento dell'esame dibattimentale. Una previsione rigida di tale istituto verrebbe a realizzare una violazione dell'art. 111 comma 3 Cost., il cui disposto è atto a tutelare il diritto alla prova nel contraddittorio, concedendo alla persona accusata la facoltà, davanti al giudice, di interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico.

forma di stress, in Cass.pen., 2002, pag. 618

132 V. Motta, La valorizzazione dell'incidente probatorio atipico nel contemperamento tra tutela del minore vulnerabile e garanzie del contraddittorio, Cassazione penale, Sez. III, 25 settembre 2013, n.39766, in Dir. pen. e. proc., fasc. 8, 2014, pag. 984 ; L. Scomparin, La tutela del testimone nel processo penale, cit., pag. 322-324; Giostra, La testimonianza del minore, cit., pag. 1024; F. Cassibba, La tutela dei testimoni vulnerabili, cit., pag. 307-309; C. Cesari, La "campana di vetro", cit., pag. 269-270;

Con riguardo al tema della testimonianza indiretta, invece, sostiene¹³³ che appaia discutibile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la testimonianza *de relato* sia sempre utilizzabile, allorquando sia impossibile l'esame del soggetto nel quale si identifica l'originaria fonte della notizia: i casi previsti dall'art. 195 comma 3 c.p.p. costituiscono deroghe al principio generale della formazione dialettica delle conoscenze processuali e per questo motivo non possono che integrare un elenco tassativo, inestensibile in analogia. La previsione, in tema di testimonianza indiretta, reca un catalogo normativo chiuso di casi irripetibili che giustificano la rinuncia al contraddittorio, anche in tema di letture. Infatti, anche con riguardo all'art. 512 c.p.p., la dottrina¹³⁴ critica l'interpretazione giurisprudenziale in base alla quale ci sia l'estensione oltre misura dei casi di sopravvenuta impossibilità di ripetizione degli atti, fino ad arrivare ad una non oggettiva e accertata impossibilità di svolgimento della prova: in particolare l'esclusione dell'escussione del minore, affetto da forte stress, di origine non organica, in grado prevedibilmente di aggravarsi con danni irreparabili in caso di esame dibattimentale, è una «scelta, forse, giustificata nel caso di specie, ma discutibile in linea di principio, perché di fatto tende a convertire l'accertamento dell'oggettiva impossibilità in una valutazione di opportunità, fondata sulle ipotetiche conseguenze negative dell'esame orale»¹³⁵. Non si mette, dunque, in discussione la difficoltà per tali soggetti, dalla personalità fragile, di testimoniare su temi legati alla

133 G. Di Paolo, voce Testimonianza indiretta, in Dig. disc. pen., Agg. III, 2005, pag. 1698; R. Aprati, Diritto alla controprova e testimonianza indiretta, cit., pag. 614

134 T. Cavallaro, L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio, in Cass. pen., 2002, cit. pag. 1061; R. Casiraghi, La prova dichiarativa, cit., pag. 538; C. Cesari, La "campana di vetro", cit., pag. 269-270; C. Cesari, il minore informato, cit. pag. 186

135 P. Ferrua, Il "giusto processo", Zanichelli, Bologna, 2005, pag. 151-152;

sfera intima, ma si discute la soluzione adottata di «arbitraria estensione del concetto di infermità mentale come fonte di impossibilità oggettiva, che porterebbe allo svuotamento della regola sul contraddittorio attraverso una pletora di eccezioni»¹³⁶. Inoltre, l'utilizzazione probatoria delle dichiarazioni lette ex art. 512 c.p.p., ai fini della decisione finale, troverebbe un limite esterno nell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p., che ripete interamente il disposto dell'art. 111 comma 4 della Cost., stabilendo che la colpevolezza dell'imputato non può provarsi sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore: questo, infatti verrebbe violato nel caso in cui il minore, sentito nel corso dell'incidente probatorio, si rifiuti di rispondere alle domande, dichiarando di aver riferito i fatti ad altra persona¹³⁷. Peraltro, nessuna delle pronunce giurisprudenziali sull'argomento supererebbe il vaglio della Corte di Strasburgo¹³⁸, che, in più circostanze ha stabilito l'incompatibilità tra il principio di equo processo della Convenzione europea (art. 6) dei diritti dell'uomo e una condanna fondata su una prova dichiarativa di cui, per qualsiasi causa, alla difesa non sia stato possibile escutere la

136 P. Ferrua, Il "giusto processo", cit., pag. 152

137 Corte. Cost., 25 ottobre 2000, n. 440, in Guida Dir., 2000, n.41, pag.100; Corte. Cost., 22 novembre 2001, n. 375, in Giur. Cost., 2001, pag.3732, hanno dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 512 c.p.p. In relazione all'art. 111 comma 5 Cost., in quanto l'impossibilità di ripetizione dell'atto deve essere inteso in senso oggettivo; A. Scaglione, Dichiarazioni procedurali e giusto processo, Giappichelli, Torino, 2005, pag.121; P. Ferrua, Il "giusto processo", cit., pag. 166

138 C. eur. dir. uomo, 5 dicembre 2002, C. c. Italia, ricorso n. 34896/97 ; C. eur. dir. uomo, 3 febbraio 2004, Laukkanen e Manninem c. Finlandia, n. 50230/99; C. eur. dir. uomo, 19 novembre 1990, Delta c. Francia, ricorso n. 11444/85; C. eur. dir. uomo, 23 aprile 1997, Van Mechelen ed altri c. Paesi- Bassi, ricorso. n. 21363/93, 21364/93, 21427/93 e 22056/93 C. eur. dir. uomo, 26 aprile 1991, Asch c. Austria, SerieA n.203; C. eur. dir. uomo, 23 aprile 1997, Ludi c. Svizzera, ricorso, Serie A n. 238; , C. eur. dir. uomo 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, ricorso n. 36822/02; C. eur. dir. uomo, 19 ottobre 2006 Majadallah c. Italia, ricorso n. 62094/00;

fonte.

Inoltre, c'è chi in dottrina¹³⁹ ritiene che, qualora l'esigenza di tutela del minore si trovi in collisione con l'esigenza di attendibilità delle dichiarazioni del teste, sarebbe necessario «privilegiare la ricerca della verità, non foss'altro per la circostanza che, a fronte dell'interesse ad evitare situazioni psicologicamente pregiudizievoli per il testimone minorenni, vi è l'interesse dell'imputato, talvolta minorenni anch'esso, a non subire un'ingiusta condanna»¹⁴⁰, reputando il contraddittorio utile a «smascherare, ad esempio, eventuali suggestioni precedentemente ricevute dal minore, false accuse indotte, fenomeni d'immaginazione o di distorsione della realtà. Lo stesso art. 498 comma 4 c.p.p., permettendo un ritorno alle forme ordinarie qualora l'esame diretto non turbi la serenità del teste, evidenzia come sia questo interesse il motivo ispiratore delle deroghe. Del resto, non necessariamente un esame incrociato, purchè condotto in modo leale dalle parti, scatena nel minore episodi di vittimizzazione secondaria, portando a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del reato»¹⁴¹.

In sostanza, i casi di deroga utilizzati dalla giurisprudenza risultano inaccettabili poiché portano al sacrificio sia del diritto di difesa che di quello al contraddittorio: nella pratica, infatti, «l'impostazione elastica seguita dalla Suprema Corte fa sì che il baricentro dell'assunzione di dichiarazioni di minorenni si sposti sensibilmente alla fase anteriore al dibattimento in contesti privi di confronto dialettico tra le parti, al fine del recupero delle dichiarazioni rese

139 R. Casiraghi, La prova dichiarativa, cit. pag. 531- 533 G. Giostra, La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità, cit., pag. 1024-1025

140 G. Giostra, La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità, cit., pag. 1024

141 R. Casiraghi, La prova dichiarativa, cit. pag. 532- 533

dal minore in altre sedi meno protette rispetto a quella garantita dalla presenza di un giudice, dove il rischio di manipolazioni è molto elevato»¹⁴².

7. Possibili spunti di riforma.

Al fine di ottimizzare la tutela e allontanare il minore da qualsiasi potenziale rischio di conflittualità, sarebbe auspicabile un organico riassetto della materia, affinché si fornisca alla testimonianza del minorenni uno statuto autonomo, assumendo tutti gli accorgimenti che evitano la dispersione e che non si vengano a creare alterazioni del patrimonio cognitivo del soggetto, curando di recargli meno pregiudizio possibile, e allo stesso tempo, garantendo il contributo di questo, senza allontanarsi dalla comune matrice di regole e di garanzie tipiche della prova testimoniale in generale¹⁴³. L'udienza separata andrebbe tenuta in assenza del minorenni, senza coinvolgerlo nell'inevitabile confronto tra le parti sull'ammissibilità delle domande.

Sebbene manchi un riferimento normativo, sarebbe auspicabile lo svolgimento di un'udienza separata e precedente all'esame testimoniale, dove le parti e il giudice comunichino le domande da sottoporre poi al teste minorenne, tenendo presente come fine quello di non svuotare «la garanzia prevista della conduzione dell'esame da parte del presidente riducendola ad una mera ripetizione verbale, ad opera del presidente, di un dialogo gestito dalle parti»¹⁴⁴. L'incontro tra le parti, inoltre, sarebbe meglio che

142 C. Cesari, La "campana di vetro", cit., pag. 271

143 G. Giostra, La testimonianza del minore, cit., pag. 1025; R. Casiraghi, La prova dichiarativa, cit., pag. 514-515

144 L. Scomparin, Il testimone minorenne nel procedimento penale: l'esigenza

avvenisse all'inizio di ogni scansione dell'esame, in parziale deroga al principio di concentrazione, poiché, ad esempio, l'opportunità delle domande da porre nel controesame potrà essere valutata solo dopo che si sia svolto l'esame diretto. Lo svolgimento di una simile udienza riguarderebbe anche il caso in cui venisse chiesto l'ausilio dello psicologo: le parti predisporrebbero in anticipo le domande da sottoporre al testimone, in modo da permettere all'ausiliario del giudice di studiare per tempo il modo migliore di rivolgerle al minorenne. Questo non sta a significare che è concesso all'esperto incontrarsi con il minore testimone prima e fuori dal controllo dei soggetti processuali¹⁴⁵.

CAPITOLO V

Le metodologie dell'esame

Sommario: 1. L'importanza della professionalità dell'esperto.- 2. Tecniche di audizione.- 2.1. *Memorandum of Good Practice*.- 2.2. La *Cognitive Interview*.- 2.3. La *Step-Wise Interview*.- 2.4. Diversificazione del metodo d'intervista investigativa in base alle diverse fasce di età del minore.- 3. La perizia del minore.- 3.1. Tempistica della perizia. - 3.2. Utilizzabilità.- 4. Maggior fattore di inquinamento dell'intervista: la suggestione.

1. L'importanza della professionalità dell'esperto.

La testimonianza dei minori, soprattutto quella dei bambini, richiede molta delicatezza, essendo difficile da gestire, sia sotto il

di tutela della personalità tra disciplina codicistica ed interventi normativi recenti, in Leg. pen., 1996, pag. 702

145 C.Cesari, La campana di vetro, cit., pag. 244

punto di vista giuridico che psicologico. In tale campo, la ricerca non ha smesso di fornire risposte sempre più adeguate in relazione a nuove procedure di intervista e valutazione efficaci.

E' essenziale, nel merito della loro testimonianza, conoscere le problematiche insite in questa e individuare il giusto approccio da adottare, viste le peculiari caratteristiche psicofisiche¹⁴⁶, se si vogliono ottenere importanti risultati investigativi e processuali. Diversamente, se non viene correttamente trattata, i rischi di inquinamento sono molto alti e con effetti "irreversibili"¹⁴⁷.

La scelta dell'esperto va fatta con molta cura, poiché la sua competenza e professionalità sono presupposti indispensabili per poter ritenere attendibile il risultato del suo lavoro; «va nominato in funzione non solo della sua specializzazione, ma anche delle specifiche competenze e capacità (valutate sulla base delle esperienze pregresse di natura professionale, didattica, giudiziaria, delle sue pubblicazioni su riviste autorevoli, delle citazioni dei suoi scritti in studi qualificati), con particolare riferimento ad una specifica competenza clinica»¹⁴⁸. Lo psicologo che svolge le sue funzioni in tale sistema, non deve assolutamente dimenticare che si sta muovendo «in una cornice, dove il principio di legalità è prioritario a quello di cura, dove il *transfert* è uno strumento che facilita la relazione e non un sostegno interpretativo, dove l'attendibilità e la validità clinica degli strumenti utilizzati offre

146 N. Pascucci, Osservazioni sulla vittima minorenne in ambito europeo, in Cass. pen., n.11, 2013, nota 7, pag. 4220: « si parla di caratteristiche psicofisiche per il nesso inscindibile tra mente e corpo,in conseguenza del quale, anche turbamenti psicologici provocano mutamenti all'interno dell'organismo e viceversa. Ad esempio, condizioni d'ansia possono essere somatizzate a livello di vari organi del corpo umano»

147 A. Miconi, La testimonianza nel procedimento penale, profili giuridici, psicologici e operativi, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 248

148 R. Palmisano, Acquisizione e valutazione della prova per esperti nei processi per reati di violenza sessuale nei confronti di minori, 2009, pag. 7, in www.falsiabusu.it

maggiori garanzie per il processo di valutazione»¹⁴⁹; senza dimenticare che la componente soggettiva, nel processo di osservazione, di ascolto e di relazione è dominante su quella oggettiva e che «l'osservatore gioca una parte attiva non solo attraverso l'esperienza senso-percettiva ma anche attraverso vissuti emozionali trasferibili nel processo di osservazione»: ciò significa che il «risultato del colloquio è sempre un'interpretazione dei dati osservati e dipende dalla formazione culturale, individuale e professionale dell'esperto, in poche parole dalla competenza, dall'esperienza e dall'equilibrio personale nel riconoscere e differenziare la propria comunicazione cognitiva da quella emotiva»¹⁵⁰.

In questo senso, vengono a sostegno le raccomandazioni delle varie linee guida sviluppatesi negli anni, tra cui:

- la Carta di Noto, al suo punto 1 stabilisce che: «Le collaborazioni come ausiliari della P.G. e dell'Autorità Giudiziaria, nonché gli incarichi di consulenza tecnica e di perizia in materia di abuso sessuale, devono essere affidate a professionisti che abbiano conseguito una specifica formazione, tanto se scelti in ambito pubblico quanto se scelti in ambito privato. Essi sono tenuti a garantire il loro costante aggiornamento professionale interdisciplinare. Nel raccogliere e valutare le informazioni del minore gli esperti devono: a) utilizzare metodologie *evidence-based* e strumenti (test, colloqui, analisi delle dichiarazioni, ecc.) che possiedano le caratteristiche di ripetibilità e accuratezza, e che siano riconosciuti come affidabili dalla comunità scientifica di riferimento; b) esplicitare i modelli teorici utilizzati, così da permettere la valutazione critica dei risultati. E' metodologicamente

149 A. Lanotte, Quando l'orco esce dalle favole, ascolto del minore in caso di abuso sessuale, 2007, pag. 1, in www.aipgitalia.org

150 A. Lanotte, Quando l'orco esce dalle favole, cit., pag. 2

corretta una procedura basata su principi verificabili di acquisizione, analisi e interpretazione di dati e fondata su tecniche ripetibili e controllabili, in linea con le migliori e aggiornate evidenze scientifiche.»;

-anche il Protocollo di Venezia, all'art. 2, sostiene che « Gli esperti che accettano gli incarichi di indagine psicosociale in materia di abuso sessuale collettivo, tanto se scelti in ambito pubblico quanto se scelti in ambito privato, devono essere professionisti specificamente formati in ambito psicogiuridico, essere in possesso di titoli specialistici e di comprovata competenza in ambito professionale e/o in ambito di ricerca scientifica. Non devono trovarsi in conflitto di interesse (per esempio: quando la struttura in cui l'esperto opera ha o potrebbe avere in carico il minore per la psicoterapia). Essi sono tenuti a dimostrare il loro costante aggiornamento professionale ed a tenere conto di ogni avanzamento metodologico e culturale della psicologia giuridica, sociale e interpersonale, della psicologia cognitiva, della psicologia e psicopatologia dello sviluppo e delle neuroscienze. Considerata la complessità della materia, l'esperto nominato nell'ambito di un procedimento penale deve segnalare l'opportunità al magistrato di svolgere l'incarico in forma collegiale.»;

-in tal senso, anche l'art. 3 delle Linee Guida per lo psicologo giuridico in ambito civile e penale: «Lo psicologo forense, vista la particolare autorità del giudicato cui contribuisce con la propria prestazione, mantiene un livello di preparazione professionale adeguato, aggiornandosi continuamente negli ambiti in cui opera, in particolare per quanto riguarda contenuti della psicologia giuridica, segnatamente quella giudiziaria, e delle norme giuridiche rilevanti. Non accetta di offrire prestazioni su argomenti in materia in cui non sia preparato e si adopera affinché i quesiti gli siano

formulati in modo che egli possa correttamente rispondere».

Per quanto attiene allo stile personale dello psicologo, nel suo modo di essere e di presentarsi, la comunicazione verbale e non verbale, la modalità di ascolto e di porre le domande, affinché non influiscano sul minore, dovranno essere contenute e composte negli aspetti di gestualità ed espressività, minimizzazioni o esagerazioni della situazione d'esame. Come più volte detto, lo psicologo, nello svolgimento del colloquio, deve fare molta attenzione, ai comportamenti e alle modalità non verbali del minore; la comunicazione non verbale dell'adulto è altresì importante per il minore: lo psicologo dovrà fare attenzione all'intonazione, alla sequenza, al ritmo del proprio stile espressivo e nel porre le domande adeguandoli alle espressioni facciali, all'insieme dei gesti, affinché la comunicazione verbale e quella non verbale non entrino in contraddizione, lasciando il minore in balia di messaggi confusi, incomprensibili¹⁵¹.

2. Tecniche di audizione.

Sono diverse le tecniche di esame del minore, comunque tutte atte ad eliminare il rischio di vittimizzazione secondaria, garantendo al minore la possibilità di dar voce alle proprie esperienze e vissuti oltre che a garantire l'attendibilità dei risultati.

«Le dichiarazioni del minore vanno sempre assunte utilizzando protocolli d'intervista o metodiche ispirate alle indicazioni della letteratura scientifica, nella consapevolezza che ogni intervento sul minore, anche nel rispetto di tutti i canoni di ascolto previsti, causa modificazioni, alterazioni e anche perdita dell'originaria traccia

¹⁵¹ A. Lanotte, Quando l'orco esce dalle favole, cit., pag. 3

mnestica. Le procedure d'intervista devono adeguarsi, nella forma e nell'articolazione delle domande, alle competenze cognitive, alla capacità di comprensione linguistica (semantica, lessicale e sintattica), alla capacità di identificare il contesto nel quale l'evento autobiografico può essere avvenuto, alla capacità di discriminare tra eventi interni ed esterni, nonché al livello di maturità psico-affettiva del minore. Un particolare approfondimento dovrà essere effettuato in ordine all'abilità del minore di organizzare e riferire il ricordo in relazione alla complessità narrativa e semantica delle tematiche in discussione e all'eventuale presenza di influenze suggestive, interne o esterne, derivanti dall'interazione con adulti»¹⁵².

Tra i protocolli codificati, sia all'estero che in Italia, rivestono un certo interesse il *Memorandum of Good Practice*¹⁵³, la *Cognitive Interview* e la *Step-Wise Interview*¹⁵⁴.

2.1. Memorandum of Good Practice.

Nel 1992 il Ministero degli Interni della Gran Bretagna (*Home Office*) al fine porre al bambino domande che lo aiutino a ricordare, ma che non producano interferenze con i suoi ricordi originari, istituì una commissione con il compito di produrre le linee guida per la conduzione delle interviste. Venne così formulato il *Memorandum of Good Practice on Videorecording Interviews*

¹⁵² Articolo 7 della Carta di Noto.

¹⁵³ L. De Cataldo Neuburger, L'esame del minore, in A.A.V.V., Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Cedam, Padova, 1997, pag. 137-138

¹⁵⁴ A. Miconi, La testimonianza nel procedimento penale, cit., pag. 339-342; L. Petruccelli, Principi e linee guida in materia di analisi psicologica del minore presunto vittima di abuso, 2009, pag 14-18, in www.falsiabusu.it; L.de Cataldo Neuburger, Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità a cura, cit., pag. 139-143

Withchild Witnesses for Criminal Proceedings contengono le linee direttive affinché il racconto del minore, dal vivo o videoregistrato, possa essere utilizzato nel contesto giudiziario. Si raccomanda l'uso della videoregistrazione, la pianificazione dell'intervista in modo da fornire al bambino l'opportunità di descrivere cosa è successo con le sue parole, per poi procedere con domande generali e aperte fino ad arrivare a porre domande specifiche e chiuse. E' necessario intervistare il bambino il prima possibile e adeguare le domande in base allo sviluppo cognitivo di questo, bisogna usare domande aperte con sequenza ad imbuto e suddivisione dell'intervista in varie fasi:

- a) creazione preliminare del rapporto con il bambino: i bambini possono non rendersi conto del fatto che si trovano in una situazione in cui le regole di conversazione usuali con gli altri adulti non valgono o sono capovolte: fanno fatica, cioè a credere di sapere qualcosa che l'adulto già non sappia. Viene consigliato all'intervistatore di stabilire un adeguato rapporto con il bambino che deve essere aiutato a sentirsi sicuro e rilassato;
- b) racconto libero: consiste in una rievocazione da parte del bambino dei fatti e delle informazioni che è in grado di riferire con le sue parole, in risposta a domande aperte. Non vanno forzanti o suggestionati. Dunque il ruolo dell'intervistatore qui è quello di facilitare la narrazione;
- c) domande di approfondimento di quanto già narrato: i bambini, pur essendo in grado di dare resoconti attendibili, raramente riferiscono i dettagli e le informazioni che l'adulto o il bambino più grande sono in grado di dare, per questo spesso occorre fare al minore delle domande, ma la loro forma deve sempre essere aperta e devono sempre essere formulate in modo da far capire che viene accettata l'eventualità di non riuscire a ricordare o di non

sapere la risposta. Certe domande in cui si chiede il «perché» possono essere interpretate dal bambino con un'attribuzione di colpa o di responsabilità e quindi vanno evitate. Va altresì evitata, la ripetizione di domande subito dopo che il bambino ha dato una risposta, affinché non venga vissuta da questo come una critica alla risposta appena data, inducendolo a dare una risposta diversa. La ricerca ha infatti dimostrato che, quando si ripete una domanda, il bambino tende a pensare di aver dato in precedenza una risposta sbagliata che va quindi corretta;

d) chiusura dell'intervista: bisognerà verificare con il bambino che costui abbia capito bene le parti essenziali del racconto, mantenendo sempre un linguaggio non suggestivo.

2.2. La *Cognitive Interview*.

Questo tipo di intervista è nota per essere utilizzata con gli adulti, ma è stata prevista la sua estensione anche ai bambini testimoni o vittime di un reato, individuando una serie di criteri nuovi nel caso di utilizzazione in ambito di soggetti in fase evolutiva. Le ricerche hanno però, dimostrato che l'intervista ha efficacia solo con bambini di età superiore ai 7/8 anni: in particolare, l'intervistatore deve dire chiaramente al bambino di rispondere solo con ciò che ricorda senza inventare nulla, specificando che esiste la possibilità di rispondere “non so” o “non ricordo” a qualsiasi domanda; deve poi chiedergli di ricostruire mentalmente il contesto ambientale e personale in cui è avvenuto l'evento, utilizzando un linguaggio semplice e frasi brevi, evitando di utilizzare termini quali “fingere” o “immaginare”, in modo che il bambino si attenga alla realtà dei fatti; inoltre, può chiedere al bambino di cambiare l'ordine di narrazione

degli eventi, magari supportandolo tramite la domanda “cosa è successo subito prima di questo?”, contrariamente alla regola secondo la quale si devono evitare interruzioni nel corso della dichiarazione. Questa tecnica del cambiamento di prospettiva è, però, usata raramente con i bambini molto piccoli, perché richiede abilità cognitive molto elevate . «L'insieme delle ricerche svolte con i bambini, ha evidenziato l'efficacia di questa particolare tecnica di intervista che ha portato ad un notevole miglioramento delle prestazioni nonché ad un aumento delle risposte corrette senza un corrispondente aumento delle risposte scorrette o delle confabulazioni.»¹⁵⁵. L'intervista si suddivide in varie fasi:

- fase preliminare di familiarizzazione: utile a creare un'atmosfera rilassata, a stabilire un rapporto amichevole col il bambino ed ha come obiettivo quello di spiegare al piccolo testimone cosa si vuole da lui, di informarlo dei suoi diritti e la sua rassicurarlo;

- fase del racconto libero: in cui si chiede al minore di raccontare liberamente ciò che ricorda. Durante questa fase si interviene solo per incoraggiare il bambino a continuare il racconto;

- fase di riattualizzazione del contesto: si cerca di far rivivere mentalmente durante l'intervista, il contesto ambientale e lo stato d'animo personale simile a quello presente durante il presunto evento traumatico, chiedendo al testimone di visualizzare il contesto prima di descrivere l'episodio;

- fase di interrogatorio: l'intervistatore dovrebbe cercare di approfondire e chiarire elementi non menzionati dal bambino nel suo racconto libero, chiedendogli di riferire gli eventi variandone l'ordine di esposizione.

155 A. Miconi, La testimonianza nel procedimento penale, cit., pag. 342

2.3. La *Step-Wise Interview*.

La *Step-Wise Interview* è una tecnica ideata per intervistare i bambini vittime e testimoni di abusi sessuali, ma che è stata in seguito prevista anche per quelle situazioni in cui i bambini hanno assistito a reati gravi, sebbene non a sfondo sessuale (omicidi, rapine, sequestri di persona, ecc..).

Questo protocollo d'intervista prevede nove fasi che devono essere effettuate in successione:

- 1) fase di conoscenza: si deve cercare di costruire un rapporto di fiducia con il bambino, facendogli domande semplici sul suo mondo (con i bambini più piccoli invece, sarebbe opportuno iniziare con qualche gioco o con la lettura di un racconto o con un disegno);
- 2) ricordo di due eventi neutri: durante la fase introduttiva viene proposto al bambino di raccontare due eventi specifici del passato, come per esempio una festa di compleanno, una gita etc.: questo permetterà all'intervistatore di controllare il livello cognitivo, linguistico, comportamentale del bambino e di adeguare l'intervista in base a tali dati;
- 3) dire la verità: introdurre il tema della verità e accordarsi con il bambino sulla necessità di dirla. Questo è un passaggio fondamentale dato che i bambini, più piccoli sono, più hanno difficoltà a distinguere la realtà dalla fantasia; tale tema viene presentato al bambino in modo generico ad esempio con delle domande di prova sul significato di verità e se il bambino non risponde, gli vengono fatte domande tipo «se dico che i tuoi capelli sono neri, è la verità o è una bugia?»¹⁵⁶;

¹⁵⁶ L. De Cataldo Neuburger, L'esame del minore, cit., pag. 140

- 4) introduzione del tema: l'argomento principale va introdotto con gradualità, senza introdurre alcuna informazione già acquisita durante l'indagine: si inizia con domande aperte, chiedendo, ad esempio, se è successo qualcosa di cui il bambino vuole parlare;
- 5) fase della libera narrazione: il bambino deve essere lasciato libero di procedere come vuole, nel rispetto dei suoi tempi: l'intervistatore deve resistere alla tentazione di parlare appena il bambino sembra aver finito e deve riuscire a tollerare le pause, anche se prolungate, dal momento che il suo ruolo è semplicemente quello di sollecitare il minore a raccontare;
- 6) domande generali: vengono poste domande generiche e aperte per aiutare il bambino a riportare i dettagli tralasciati: è in questa fase che risulta molto importante che il minore sappia che l'intervistatore è pronto ad accettare risposte del tipo «non so, non ricordo»;
- 7) fase delle domande specifiche: se necessario vengono fatte domande specifiche, utili a ottenere chiarimenti e approfondimenti di quanto già narrato;
- 8) strumenti di aiuti per il colloquio: si utilizzano le bambole anatomiche per investigare sui casi di abusi e violenze sessuali o i disegni¹⁵⁷; quando si ha a che fare con i bambini in età scolare può essere utile far completare al bambino una storia o una frase;
- 9) conclusione del colloquio: vengono poste le ultime domande allo scopo di valutare il grado di resistenza alla suggestione: vengono fatte domande suggestive su argomenti irrilevanti come chiedere al

157 A. Lanotte e L. Di Cosimo, Accertamento della personalità del minore, 2002, pag. 5, www.aipgitalia.org : il disegno, specialmente di una figura umana per intero «rivela il coordinamento tra i vari elementi che compongono la proiezione dello schema corporeo, e fornisce il grado della sua capacità di adattamento tradotto nella rappresentazione di uno schema cognitivo, emozionale e relazionale su un piano senso-motorio».

bambino se è venuto in treno sapendo che, invece, costui è arrivato in auto; si conclude l'intervista chiedendo al bambino se ha domande da fare o altro da raccontare, dopodiché viene salutato e ringraziato e, di necessità, gratificato con qualche complimento.

Lo scopo dell'intervistatore è quello di ottenere un massimo di informazioni senza fare ricorso a tecniche che inducono risposte non corrette.

L'ottimizzazione del risultato dipende direttamente dal modo in cui verranno formulate le domande e dalla consapevolezza che i bambini, soprattutto se molto piccoli, ritengono di dover dare sempre una risposta, arrivando persino ad inventarla.

Altra cosa importante da sottolineare è che al minore deve essere posta soltanto una domanda per volta: il linguaggio utilizzato in ogni domanda, deve essere appropriato al linguaggio del bambino che si sta intervistando.

E', inoltre, necessario evitare di ripetere le domande subito dopo che il bambino ha risposto, dal momento che ciò può essere interpretato dal minore come una critica alle risposte già date: il ripetere una domanda troppo presto può far sì che il bambino cambi la sua risposta in una che pensi sia quella che l'intervistatore vuole sentire: quando si vuole ripetere una domanda già fatta, sarebbe meglio dire con chiarezza al bambino che è una ripetizione, così lui sarà più tranquillo nel rispondere.

2.4. Diversificazione del metodo d'intervista investigativa in base alle diverse fasce di età del minore.

Gli esperti nello scegliere la metodologia più adeguata a consentire il ricordo del minore attraverso la narrazione tengono in considerazione quella che è la fascia d'età di appartenenza del

minore, distinguendo¹⁵⁸ in:

-età infantile: nella prima infanzia, che va dai 2 ai 6 anni, gli schemi d'azione interiorizzati sono ancora irreversibili: il bambino, cioè, è incapace di formare nozioni complesse, utilizzando il pensiero simultaneo di due o più fasi di un evento o di due o più frasi dell'esplorazione percettiva di un fatto: i bambini al di sotto dei cinque anni sono privi di capacità espressiva e di competenze cognitive per poter rievocare attendibilmente un fatto a loro accaduto. A 3 anni il bambino presenta difficoltà a parlare di eventi passati o futuri e non è in grado di effettuare una narrazione coerente, poiché non possiede la capacità di interiorizzare lo schema dell'evento. E' tipico di quest'età il gioco simbolico, ove il simbolo è un segno individuale, elaborato cioè dal bambino senza l'aiuto di altri e quasi sempre compreso da lui solo, dato che l'immaginazione si riferisce a stati d'animo vissuti. I suoi ricordi possono subire sia manipolazioni interne, a causa della confusione dei ricordi con le fantasie, che esterne, con cui i ricordi vengono contaminati da suggestioni o racconti di altre persone. I bambini piccoli non hanno una comprensione conscia della distinzione tra gli eventi realmente accaduti e gli eventi da loro immaginati¹⁵⁹;

-seconda infanzia: approssimativamente copre il periodo evolutivo fino ai 6/7 anni. In questa fase il bambino inizia ad assimilare i concetti di numero, tempo, spazio, peso, ma continua a mancargli la comprensione del carattere formale delle operazioni e quindi vi è incapacità di fare generalizzazioni;

-preadolescenza: tra i 7/12 anni, la maggior parte dei minori inizia a sviluppare una capacità di pensiero le cui caratteristiche sono la

158 L. De Cataldo Neuburger, La testimonianza del minore, CEDAM, Padova, 2005, pag. 54-63

159 M.T. Gallo, Il bambino come prova: limiti e caratteristiche della testimonianza infantile, in A.A.V.V., Abuso sessuale di minore e processo penale, cit., pag. 194

logica, la flessibilità, la sistematicità, l'astrazione. Il minore ora è in possesso di competenze molto vicine a quelle dell'età adulta ed è capace di ragionamento contro-fattuale, di utilizzare concetti astratti, di ragionare in modo ipotetico e in modo deduttivo: solo a partire dagli otto anni, i bambini sono in grado di dar voce a sentimenti ed emozioni come paura, angoscia o ansia.

Altra difficoltà è rappresentata, però, dal fatto che spesso i bambini attribuiscono alle parole dei significati non convenzionali;

-adolescenza: tra i 13/16 anni il bambino entra nella fase dell'adolescenza, ultimo stadio del suo sviluppo cognitivo, in cui si verifica l'acquisizione delle operazioni logico-formali e in cui viene perfezionata sia la capacità di ragionare in astratto che la competenza nel sapere valutare differenti ipotesi, nonché la valutazione delle conseguenze di una scelta. In questa fase evolutiva, tuttavia, la testimonianza va valutata tenendo conto della presenza delle pulsioni sessuali, di possibili atteggiamenti di tipo proiettivo o di difese estreme in senso regressivo fantastico, oltre che dello specifico stato di sviluppo psico-affettivo del soggetto.

E' opportuno riflettere su quale potrebbe essere la funzione della rivelazione dell'abuso nel contesto familiare in cui l'adolescente vive.

L'età cronologica del minore aiuta gli psicologi, ma è solo un'indicazione per capire il suo livello di sviluppo: per questo è davvero importante che ogni accertamento sia *ad personam*, affinché lo sviluppo di ogni bambino segua ritmi diversi a seconda delle varietà di realtà in cui si trovano a vivere. E' opportuno, quindi, prima di intervistare un minore come testimone, tenere uno o più incontri di conoscenza tra il giovane e l'ausiliare del g.i.p. o del p.m., per ricercare quante più informazioni possibili relativamente al suo sviluppo linguistico, cognitivo e comunicativo,

nonché al suo grado di maturità sociale, fisico e sessuale. Con questi pre-incontri, si cerca di creare una relazione di conoscenza e di fiducia atta a far sì che, nell'audizione protetta, il bambino non consideri l'adulto come un estraneo; inoltre, come suggerisce l'art. 14 delle "Linee guida per lo psicologo giuridico in ambito civile e penale", vanno esplicitati al minore gli scopi del colloquio, deve essere informato sui diritti che gli spettano, quali quello di ricevere informazioni sulla vicenda che lo riguarda, sulla funzione delle istituzioni giuridiche e sui diversi soggetti coinvolti, su come è chiamato ad esprimersi e quali cambiamenti comporterà nella sua vita. Gli va descritto come si svolgerà l'incontro e il luogo dove avverrà¹⁶⁰.

3. La perizia del minore.

Nel nostro ordinamento il minore possiede, come gli adulti, la piena capacità a deporre ai sensi dell'art. 196 comma 1 c.p.p., e può essere sentito in qualità di testimone in ordine a tutti i fatti del procedimento penale; a differenza degli adulti, secondo l'art. 497 comma 2 c.p.p., il minore non subisce le conseguenze penali derivanti dalla violazione dell'obbligo di dire la verità e pertanto non viene ammonito sulle conseguenze penali connesse alla violazione dell'obbligo.

La minore età non incide, dunque, sulla capacità di testimoniare. ma può incidere sulla attendibilità della testimonianza, poiché l'accertamento di alterazioni patologiche, disturbi strutturali o

¹⁶⁰ La Convenzione europea sottoscritta a Strasburgo, all'art 3 "Diritti azionabili da parte di un minore" chiedendo che nelle legislazioni dei singoli Stati la comunicazione e l'ascolto siano introdotti come diritti del bambino, riconosce a costui il diritto di ricevere ogni informazione, di essere consultato e di esprimere la propria opinione, di essere informato sulle eventuali conseguenze di ogni decisione presa.

immaturità inficiano la capacità del minore di dire il vero. Nei casi in cui si renda necessario valutare “l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza”, l'art. 196 comma 2 c.p.p. autorizza il giudice a disporre gli accertamenti opportuni con mezzi consentiti dalla legge. Da qui l'esigenza che il giudice si avvalga dell'ausilio degli esperti neuropsichiatri infantili, psichiatri e psicologi¹⁶¹, che hanno funzione di supporto tecnico all'autorità giudiziaria, al fine di risolvere questioni particolari che richiedono specifiche conoscenze in campo tecnico scientifico. La specificità delle competenze degli esperti consente loro di esprimere giudizi di ordine clinico in riferimento «all'attitudine psicofisica del bambino ad esporre le vicende in modo utile ed esatto, ovvero di recepire le informazioni, raccontarle con altre e di esprimerle in una visione complessa, sia della sua posizione psicologica rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne che hanno regolato le sue relazioni con il mondo esterno»¹⁶²: occorre dunque verificare la sua capacità di recepire le informazioni, di ricordarle e di esprimerle, nonché il possesso di funzioni psichiche che consentano di rendere testimonianza (competenze linguistiche, capacità di percezione, memoria, coerenza del pensiero, capacità distinguere la realtà all'immaginazione): la prova non si può fondare sulle sole dichiarazioni dei genitori che si sono opposti a far esaminare il minore, anche se ritenuti attendibili dagli esperti¹⁶³.

Tenendo presente che le elaborazioni fantasiose compaiono nelle successive narrazioni dei fatti¹⁶⁴, si ritiene che le «nella valutazione della testimonianza di un bambino, le primissime dichiarazioni

161 R. Palmisano, *Acquisizione e valutazione della prova per esperti nei processi per reati di violenza sessuale nei confronti di minori*, cit., pag. 4

162 Cass. pen., Sez III, 7 novembre 2006, n. 5003, Miloti, in Riv. pen. 2007, pag. 626.

163 Cass. pen., Sez III, 26 settembre 2007, n. 39994, Maggioni, in *Famiglia e minori*, 2007, fasc. 11, 57

164 Cass. pen., Sez III, 20 aprile 2001, Paternoster, in Riv. pen. 2002, pag. 916

sono quelle maggiormente attendibili proprio perché non inquinate da interventi esterni che possono alterare la memoria dell'evento. La valutazione del p.m. e del giudice sulla genesi delle prime narrazioni del bambino è sempre opportuna per escludere la presenza di eventuali falsi ricordi»¹⁶⁵.

Un' infondata accusa può scaturire dal fraintendimento di quanto è stato affermato dal bambino e dall'erronea interpretazione di un suo comportamento: per questo è opportuno sempre controllare nei dettagli le prime dichiarazioni del minore. Vanno ricercati tutti i possibili elementi di conferma (ispezioni dei luoghi, rilievi fotografici degli stessi, audizione tempestiva di tutti i soggetti che hanno raccolto le dichiarazioni del presunto abusato, audizione dei sanitari che hanno proceduto ad eventuale visita)¹⁶⁶.

All'esperto perito è affidato il compito di ricostruire i vissuti, le istanze, le ansie, la dinamica interna delle ragioni che ispirano i comportamenti del minore dal punto vista clinico, e la propensione alla sincerità. Questi dovrà poi rispondere ai quesiti posti dal giudice o dal p.m. in riferimento all'attendibilità della testimonianza, in senso psicologico e non giudiziario, senza, però, possibilità alcuna di esprimersi sulla veridicità di quanto raccontato dal bambino né ricercare prove. L'attendibilità della prova rientra nei compiti esclusivi del giudice, il quale accerta se le dichiarazioni accusatorie formulate dal minore siano veritiere, oppure, siano il risultato di un processo di suggestione, di esaltazione o di fantasia¹⁶⁷. Il legislatore tiene, così, distinta la capacità di testimoniare dalla valutazione della credibilità del testimone (art.

165 Cass. pen., Sez. III, del 17 gennaio 2007, n. 9811, Coppetti, in *Famiglia e minori*, 2007, fasc. 5. 56,

166 S. Recchione, *Le indagini in materia di abusi sessuali su minori. La necessità di protocolli investigativi condivisi nei procedimenti basati su prova dichiarativa "debole"*, in Cass. pen., n.1, 2009, pag. 248; A. Costanzo, *L'ascolto del minore*, 2006, pag. 3-4, in www.falsiabusiti.it

167 Cass. pen., Sez. III, 20 giugno 2007, n.35397, Tranchida, CED 237539

246 comma 2 c.p.p). Il giudice dovrà, inoltre, valutare l'attendibilità giudiziaria con gli strumenti propri del diritto: dovrà, dunque, saper differenziare il concetto di attendibilità giudiziaria dal concetto di credibilità clinica della testimonianza.

3.1. Tempistica della perizia.

Non c'è una regola che stabilisca quando effettuare la perizia del minore, perché si tiene conto delle diverse esigenze del procedimento: alcuni uffici, infatti, preferiscono disporla prima dell'udienza riservata all'audizione del minore, al fine di verificare se l'esame sia possibile e utile, specialmente nei casi di testimonianza di abusi sessuali o maltrattamenti; l'audizione del minore costituisce, così, strumento probatorio primario.

Altri uffici la dispongono, invece, successivamente, come strumento di riscontro di risultanze di cui sono già in possesso; altre volte ancora, si ha perizia in concomitanza con l'audizione, affidandola allo stesso perito che assiste il giudice durante lo svolgimento dell'esame, o ad un diverso esperto che però non esamina il minore, ma assiste all'audizione¹⁶⁸.

Tenendo conto dell'età del minore e delle altre ragioni per le quali si ravvisi la necessità che la testimonianza debba essere preceduta da una valutazione clinico-psicologica sulla capacità del minore a testimoniare, il giudice valuterà la necessità dell'accertamento peritale, vagliando caso per caso gli elementi acquisiti.

Sotto questo profilo la Corte di Cassazione¹⁶⁹ ha affermato che il

168 R. Palmisano, Acquisizione e valutazione della prova per esperti, cit., pag. 9
I. Casol, L'audizione del minore: presupposti, modalità, tecniche, finalità,
2000, pag. 13, in www.falsiabus.it

169 Cass. pen., Sez. III, 6 maggio 2008, n. 27742, Zordan, CED 240695

giudice può ritenere superflua la perizia quando pensa di poter giungere alle medesime conclusioni di certezza sulla base di altre e diverse prove, ma non quando intenda avvalersi di proprie, personali, specifiche competenze scientifiche: in questo modo, infatti, l'apporto scientifico sarebbe sottratto al contraddittorio delle parti che non potrebbero intervenire né in fase di acquisizione della prova né in fase di valutazione a mezzo dei propri consulenti tecnici. La Corte ha precisato che l'indagine psicologica non è necessaria quando si può escludere la presenza di elementi (quali una particolare predisposizione all'elaborazione fantasiosa o alla suggestione) che possono rendere dubbia la deposizione del minore. Le riserve in ordine alla credibilità e attendibilità della testimonianza del minore devono essere sciolte con indagini psicologiche approfondite. per non rischiare di affermare, in via aprioristica che i minori a causa della loro giovane età sono incapaci a testimoniare.

3.2. Utilizzabilità.

L'espletamento della perizia nelle forme dell'incidente probatorio obbliga il pubblico ministero ad una *discovery*: il preventivo accertamento psicologico sul minore nella fase di indagine può far sì che venga evitato all'indagato un processo basato su un'accusa infondata; analogamente, se il pubblico ministero, in casi di urgente necessità, avendo acquisito gravi indizi di colpevolezza nei confronti dell'indagato può richiedere una misura cautelare, al fine di evitare il ripetersi dell'abuso¹⁷⁰.

Come abbiamo già riscontrato precedentemente, tale *discovery* anticipata in alcuni casi è inopportuna e quindi il pubblico

¹⁷⁰ R. Palmisano, Acquisizione e valutazione della prova, cit., pag. 9

ministero, anziché richiedere l'incidente probatorio, può egli stesso nominare un consulente, ai sensi dell'art. 359 c.p.p., senza darne comunicazione alle parti interessate, ovvero procedere, ai sensi dell'art. 360 c.p.p., nel caso che i suddetti accertamenti non siano ripetibili. In questo caso l'indagato, ai sensi del comma 4 dell'art. 360 può fare riserva di promuovere incidente probatorio.

Gli accertamenti scientifici effettuati dalle parti nel corso delle indagini preliminari, limitatamente agli accertamenti irripetibili, sono utilizzabili e vengono inserite nel fascicolo del dibattimento, ai sensi degli artt. 431 e 391-decies c.p.p..

Le dichiarazioni rese sia dal minore che dagli altri intervistati al consulente tecnico del p.m., sono anche esse utilizzabili, ma solo per verificare la credibilità del teste in vista dell'esame protetto e non possono essere utilizzate dal giudice ai fini della ricostruzione del fatto, stante il divieto ex art. 228 comma 3 c.p.p. e 392 comma 1-*bis* e 398 comma 5-*bis* c.p.p.¹⁷¹.

Per quanto riguarda la collocazione dell'accertamento sullo stato psichico di una persona tra gli atti ripetibili o irripetibili, la Suprema Corte di Cassazione¹⁷² ritiene che il carattere irripetibile dell'accertamento non vada giudicato in astratto secondo la tipologia dell'accertamento stesso, ma che questo vada valutato in concreto secondo le caratteristiche particolari della situazione da accertare e della sua prevedibile modificabilità.

171 Cass. pen., Sez. III, 1° febbraio 2006, n. 12647, Albano, in Cass. pen., II, 2007, pag. 2117- 2118

172 Cass. pen., Sez. III, 8 marzo 2006, n. 19397, Spinelli, CED 234168

4. Maggior fattore di inquinamento dell'intervista: la suggestione.

Per suggestione, si intende il fare domande che suggeriscono la risposta e guidano l'esaminato verso il risultato desiderato, che incidono sul ricordo del teste o comunque sul suo racconto, limitando la libertà nel rispondere e nuocendo alla serenità delle risposte stesse, inficiando la ricerca della verità sostanziale posta a fondamento del processo penale.

I bambini, se avvicinati in modo suggestivo, possono facilmente cambiare la descrizione di quello che hanno visto o che è stato loro fatto, se l'evento si presta, in qualche modo, ad un'interpretazione ambigua. In particolare i bambini piccoli possono essere indotti a dare un nome e un'interpretazione sbagliata ad eventi o azioni che non costituiscono ad esempio abuso sessuale, ma che possono, con esso, essere confusi. La ricerca ha dimostrato che i bambini più piccoli sono facilmente suggestionabili se sono interrogati a distanza di tempo, se si sentono intimoriti dall'adulto, se sono suggestionati da domande mal poste o volutamente viziate, se la suggestione viene esercitata da persone affettivamente importanti o comunque da persone ai cui desideri il bambino desidera conformarsi. La suggestionabilità è positivamente correlata, oltre che con l'età, anche con lo stato di stress emozionale o di tensione e con il modo in cui vengono interrogati e con la personalità di colui che li interroga: infatti, se l'intervistatore non è davvero esperto in questo tipo di indagine, può esaminare il bambino in modo suggestivo, anche senza volerlo¹⁷³.

La Corte di cassazione¹⁷⁴ ha osservato che gli studi sulla memoria

173 L. De Cataldo Neuburger, L'esame del minore, cit., pag. 128-129

174 Cass. pen., Sez. III, 13 maggio 2010, n. 24248, in Giust. Pen., 2010, pag.

infantile hanno comprovato come i bambini, presentino modalità relazionali orientate in senso imitativo ed adesivo, siano influenzabili da stimoli potenzialmente suggestivi e, non avendo adeguate risorse critiche e di giudizio ed un distinto sentimento del sé, tendano a non differenziare le proprie opinioni da quelle dello interlocutore. Pertanto, è necessario che colui che li interroghi non ponga inopportune domande inducenti o suggestive e non trasmetta informazioni che vengano recepite dai bambini ed utilizzate nel rispondere; ogni occasione narrativa, se posta in essere con un non corretto metodo verificazionista di una tesi preconcepita, potrebbe condizionare negativamente il ricordo del fatto da parte del minore. Per controllare che il bambino non abbia inteso compiacere l'interlocutore ed adeguarsi alle sue aspettative, è utile potere ricostruire la genesi della notizia di reato, cioè, focalizzare quale sia stata la prima dichiarazione del minore (che, se spontanea, è la più genuina perché immune da interventi intrusivi), quali le reazioni emotive degli adulti coinvolti, quali le loro domande; se la narrazione del bambino si è amplificata nel tempo, è necessario verificare se l'incremento del racconto sia dovuto alla abilità degli intervistatori oppure a loro indebite interferenze.

Il rispetto del divieto di domande suggestive è garantito dal potere del presidente di intervenire nell'esame del teste al fine di assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame; la correttezza delle contestazioni deve essere particolarmente pregnante, considerate la naturale fragilità emotiva e le scarse capacità critiche connesse all'età del teste¹⁷⁵.

Tale divieto è espresso dall'art. 499 commi 2 e 3 c.p.p: la giurisprudenza di legittimità¹⁷⁶ si era espressa, fino a poco tempo

175 Cass. pen., Sez. III, 18 settembre 2007, n.37147, Scancarello, in Cass. pen., 2009, pag. 249

176 Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068, Bonfondi, in Cass. pen., 2009, pag. 2526; Cass. pen., Sez III, 12 dicembre 2007, Muselli, in

fa, nel senso che il divieto di domande suggestive dovesse venire posto dalla legge esclusivamente con riferimento all'esame condotto dalla parte processuale che ha introdotto il testimone (art. 499, comma 3, c.p.p.), ma che non dovesse operare in sede di controesame e che, tantomeno, dovesse operare nei casi in cui sia il giudice a condurre direttamente l'esame del minore o delle persone che versano in speciali condizioni (art. 498, comma 4, c.p.p.), nel rispetto delle regole previste dai commi 2, 4 e 6 dell'art. 499 c.p.p., miranti a tutelare la dignità della persona esaminata e, nello stesso tempo, a garantire la genuinità e l'efficacia delle risposte; il giudice poteva porre qualsiasi domanda ritenuta utile a fornire un contributo per l'accertamento della verità, con esclusione di quelle nocive.

Il divieto di porre domande suggestive era stato ritenuto non operante anche nei confronti dell'ausiliario di cui il giudice si avvalga nella conduzione dell'esame testimoniale del minore¹⁷⁷. Nel 2011 si ha un cambiamento giurisprudenziale¹⁷⁸ secondo cui anche il giudice che procede all'esame diretto del testimone minore non può formulare domande suggestive, perché, altrimenti, le regole fondamentali per assicurare una testimonianza corretta verrebbero meno laddove, per la fragilità e la suggestionabilità del dichiarante, sono più necessarie. Viene, altresì, stabilito che il divieto di porre al testimone domande suggestive si applica a tutti i soggetti che intervengono nell'esame¹⁷⁹.

Anche l'autorevolissima Carta di Noto pone il divieto di domande suggestive, ma la violazione di questa, non comporta la nullità dell'esame testimoniale perché tale atto è, sì, rilevante nella

CED 238794.;

177 Cass. pen., Sez. III, 28 ottobre 2009, C., n. 9157, CED 246205

178 Cass. pen., Sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712, CED 250615

179 Cass. pen., Sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7373, CED 252134

interpretazione delle norme che disciplinano l'audizione dei minori, ma rappresenta delle mere indicazioni metodologiche non tassative e prive di valore normativo; di conseguenza, l'eventuale inosservanza di dette prescrizioni non comporta la nullità dell'esame, perché, in virtù del principio di tassatività delle nullità vigente nel codice di rito, l'inosservanza di tali prescrizioni non è riconducibile ad alcuna delle previsioni delineate dall'art. 178 c.p.p.¹⁸⁰.

Secondo la Corte di Cassazione¹⁸¹, inoltre, in tema di esame testimoniale, la violazione del divieto di porre domande non pertinenti o suggestive, da un lato, non determina l'inutilizzabilità della testimonianza, in quanto tale sanzione riguarda le prove vietate dal codice di rito e non la regolarità dell'assunzione di quelle consentite, dall'altro, non è sanzionata da nullità in virtù del principio di tassatività: questa può, però, formare oggetto di gravame sotto il profilo dell'attendibilità del risultato della prova, a causa delle modalità della sua assunzione.

180 Cass. pen., Sez. III, 13 febbraio 2008, n. 13981, CED 239966 ; Cass. pen., Sez. III, 10 aprile 2008, n. 20568, Gruden, CED 239879; Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2010, n. 6464, CED 239090

181 Cass. pen., Sez. III, 25 giugno 2008, n. 35910, CED 241090

Bibliografia

Ambrosini G., Le nuove norme sulla violenza sessuale, legge 15 febbraio n.66, Utet, Torino,1997;

Ardita S., La prevedibilità ex art. 512 c.p.p. dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress, in Cass. pen. 2002.

Aprati R., Diritto della controprova, in Cass. pen., 2004;

Bargis M., Commento all'art 14 L.15 febbraio 1996 n. 66 (Norme contro la violenza sessuale), in Leg. pen. 1996

Bartolomeo R., La tutela penale della sfera sessuale: indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, Giuffrè, Milano, 2000;

Callari F., L'assunzione della testimonianza sulla scena del processo penale: individuazione dei ruoli, tra giudice e parti, nella conduzione dell'esame dibattimentale, in Riv. it. d. proc. pen., fasc. 4, 2013;

Capitta A. M., La legge di ratifica della convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario, 5 novembre 2012, in www.penalecontemporaneo.it ;

Casiraghi, La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali, Giuffè, Milano, 2011;

Carponi Schittar D., L'esame orale del bambino nel processo penale, Giuffrè, Milano, 2000;

Casol I., L'audizione del minore: presupposti, modalità, tecniche, finalità, 2000, in www.falsiabusiti.it ;

Cassibba F., La tutela dei testimoni "vulnerabili", in A.A.V.V., Il "Pacchetto sicurezza" 2009, a cura di O.Mazza e F. Viganò, Giappicchelli, Torino, 2009;

Cassibba F., Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili, 11 luglio 2014, in www.dirittocontemporaneo.it ;

Cavallaro T., L'applicabilità dell'art 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minorenne sia a rischio, in Cass. pen., 2002;

Cesari C., "Il minore informato sui fatti" nella legge n. 172/2012, in Riv. it. dir. e proc. pen, 2013;

Cesari C., La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, in A.A.V.V., Il minorenne fonte di prova nel processo penale, a cura di C. Cesari, Giuffrè, Milano, 2008;

Coppetta M.G., Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, in A.A.V.V., Il minorenne fonte di prova nel processo penale, a cura di C.Cesari, Giuffrè, Milano, 2008;

Cordero F., Procedura penale, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012;

Costanzo A., L'ascolto del minore, 2006, in www.falsiabusiti.it ;

De Cataldo Neuburger L., La testimonianza del minore, Cedam, Padova, 2005;

De Cataldo Neuburger L., L'esame del minore, in A.A.V.V., Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Cedam, Padova, 1997;

De Martino P., Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote e tutela dei minori vittime del reato durante le indagini preliminari: brevi considerazioni alla luce della nuova Direttiva 2012/29/UE, 9 gennaio 2013, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

Di Paolo G. , Testimonianza indiretta, in Dig. Disc.pen., Agg. III, 2005;

Famiglietti A., La testimonianza del minore di sedici anni in incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004;

Ferrua P., Il "giusto processo", Zanichelli, Bologna, 2005;

Frigo G., Sub art. 499 c.p.p., in A.A.V.V., Commento al nuovo codice di procedura penale, coordinato da M. Chiavario, vol. V, Utet, Torino, 1991;

Forza A., L'ascolto del minorenne dopo la Convenzione Lanzarote, in Arch. n. proc. pen., 2013;

Gabrielli C., La partecipazione dell'esperto all'audizione del

minore come cautela facoltativa:una discutibile lettura di una disciplina ancora inadeguata,in Riv. di dir. e proc. pen., fasc.1, gennaio-marzo 2014;

Galantini N., Commento agli artt. 13-14 l.15 febbraio 1996, n. 66, in A.A.V.V, Commentario delle “Norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia”, a cura di Cadoppi, Cedam, Padova, 2002;

Gallo M.T., Il bambino come prova: limiti e caratteristiche della testimonianza infantile, in A.A.V.V, Abuso sessuale di minore e processo penale, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Cedam, Padova, 1997;

Giostra G., La testimonianza del minore: tutela del dichiarante tutela della verità, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2005;

Laccoppola V., La tutela del minore abusato nell'era della globalizzazione, Cacucci, Bari, 2003;

Lanotte A., Quando l'orco esce dalle favole,ascolto del minore in caso di abuso sessuale, 2007, in www.aipgitalia.org ;

Lanotte A. e Di Cosimo L., Accertamento della personalità del minore, 2002, www.aipgitalia.org ;

Lorusso S., Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?, in Diritto penale e processo 8/2013;

Miconi A., La testimonianza nel procedimento penale, profili giuridici, psicologici e operativi, Giappichelli, Torino, 2009;

Moro A. C., Manuale di diritto minorile, Zanichelli, Bologna, 2008;

Motta V., La valorizzazione dell'incidente probatorio atipico nel contemperamento tra tutela del minore vulnerabile e garanzie del contraddittorio, in Dir. pen. e proc., fasc. 8, 2014;

Palmisano R., Acquisizione e valutazione della prova per esperti nei processi per reati di violenza sessuale nei confronti di minori, 2009, in www.falsiabusu.it ;

Pansini C., Le dichiarazioni del minore nel processo penale, Cedam, Padova, 2001;

Pascucci N., La Cassazione ci ripensa: è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologi o psichiatria infantile per sentire la "persona informata" minorenni, in Cass. pen., n. 09., 2014;

Pascucci N., Osservazioni sulla vittima minorenni in ambito europeo, in Cass. pen., n.11, 2013;

Petrucelli L., Principi e linee guida in materia di analisi psicologica del minore presunto vittima di abuso, 2009, www.falsiabusu.it ;

Pontin M., Riferimenti normativi per la testimonianza del minore vittima di abuso sessuale, in A.A.V.V, Abuso sessuale di minore e

processo penale: ruoli e responsabilità, a cura di L. De Cataldo

Neuburger, n. 13, Cedam, Padova, 1997;

Recchione S., Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione Lanzarote, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 8 marzo 2013;

Recchione S., Le indagini in materia di abusi sessuali su minori. La necessità di protocolli investigativi condivisi nei procedimenti basati su prova dichiarativa “debole”, in Cass. pen., n.1, 2009;

Rizzo F., L'esame del minore, in Dig. disc. pen., tomo I, aggiornamento III, Utet Giuridica, Torino, 2005;

Santoriello C., La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione Lanzarote alla confusione del legislatore italiano, in Arch. pen., rivista on-line, 2013, n.2;

SAU S., L'incidente probatorio, Cedam, Padova, 2011;

Scaglione A., Dichiarazioni procedurali e giusto processo, Giappichelli, Torino, 2005;

Scomparin L., La tutela del testimone nel processo penale, Cedam, Padova, 2000;

Scomparin L., Il testimone minore nel procedimento penale: l'esigenza di tutela della personalità tra disciplina codicistica ed interventi normativi recenti, in Leg. pen., 1996;

Siracusano F., Indagini difensive e “persona informata” di minore

età, in A.A.V.V, Il minore fonte di prova nel processo penale, a cura di C.Cesari, Giuffrè, Milano, 2008;

Spangher. G., Le norme di diritto processuale penale, in Dir. pen. proc., 1998;

Suraci L., L'audizione delle persone minorenni nell'ambito delle investigazioni difensive, in Dir. pen.e proc., n. 8, 2014;

Tonini P., Manuale di procedura penale, Giuffrè, Milano, 2013;

Giurisprudenza

Corte costituzionale

Corte cost., 1° aprile 2003 n. 108, in Giur. cost., 2003;

Corte cost., 18 dicembre 2002, n. 529, in Giur. cost, 2002;

Corte. cost., 22 novembre 2001, n. 375, in Giust. pen., 2002;

Corte cost., 9 maggio 2001, n. 114, in Giur. cost., 2001;

Corte cost., 29 dicembre 2000 n. 583, in Giur.cost., 2000;

Corte. cost., 25 ottobre 2000, n. 440, in Guida dir., 2000;

Corte cost., 9 luglio 1998, n. 262, in Cass.pen., 2000;

Corte cost., 18 aprile 1997, n. 109, Giur. cost., 1997;

Corte cost., 16 maggio 1994, n. 179, in Giur. it., 1994;

Corte cost., 10 marzo 1994 n. 77, in Giur. cost. 1994;

Corte cost. 3 giugno 1992, n. 254, in Giur. cost., 1992;

Corte cost., 16 aprile 1973, n. 49, in Giur. cost. 1973;

Corte europea dei diritti dell'uomo

C. eur. dir. uomo, 19 ottobre 2006 Majadallah c. Italia, ricorso n. 62094/00;

C. eur. dir. uomo, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, ricorso n. 36822/02;

C. eur. dir. uomo, 3 febbraio 2004, Laukkanen e Manninem c. Finlandia, n. 50230/99;

C. eur. dir. uomo, 5 dicembre 2002, C. c. Italia, ricorso n. 34896/97;

C. eur. dir. uomo, 23 aprile 1997, Van Mechelen ed altri c. Paesi-Bassi, ricorso. n. 21363/93, 21364/93, 21427/93 e 22056/93;

C. eur. dir. uomo, 15 giugno 1992, Ludi c. Svizzera, ricorso, Serie A n. 238;

C. eur. dir. uomo, 26 aprile 1991, Asch c. Austria, Serie A n. 203;

C. eur. dir. uomo, 19 novembre 1990, Delta c. Francia, ricorso n. 11444/85;

Corte di Giustizia delle Comunità Europee

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande sezione, 16 giugno 2005, C-105/03, in Dir. pen. proc., 2005;

Cassazione penale

Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2013, M., n. 39766, in Dir. pen. e proc., fasc. 8, 2014;

Cass. pen., Sez. IV, 12 marzo 2013, n. 16981, F., CED 254943;

Cass. pen., Sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7373, CED 252134;

Cass. pen., Sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712, CED 250615;

Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2010, n. 6464, CED 239090;

Cass. pen., Sez. III, 13 maggio 2010, n. 24248, in Giust. pen., 2010 ;

Cass. pen., Sez. III, 28 ottobre 2009, C., n. 9157, CED 246205;

Cass. pen., Sez. III, 25 giugno 2008, n. 35910, CED 241090;

Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068, Bonfondi, in Cass.pen., 2009;

Cass. pen., Sez. III, 6 maggio 2008, n. 27742, Zordan , CED 240695;

Cass. pen., Sez. III, 10 aprile 2008, n. 20568, Gruden, CED 239879;

Cass. pen., Sez. III, 15 febbraio 2008, n. 11130, Giudice, in Cass. pen. 2009;

Cass. pen., Sez. III, 13 febbraio 2008, n. 13981, Scoppettuolo, CED 239966;

Cass. pen., Sez. III, 12 dicembre 2007, n. 4721, Muselli, in CED 238794;

Cass. pen., Sez. III, 17 gennaio 2007, n. 9811, Coppetti, in Famiglia e minori, 2007, fasc. 5. 56;

Cass. pen., Sez. III, 26 settembre 2007, n. 39994, Maggioni, in Famiglia e minori, 2007, fasc. 11, 57;

Cass. pen., Sez. III, 18 settembre 2007, Scancarello, n.37147, in Cass. pen., 2008;

Cas. pen., Sez. III, 20 giugno 2007, n. 35397, Tranchida, in CED 237539;

Cass. pen., Sez. III, 7 novembre 2006, n. 5003, Miloti, in Riv. Pen. 2007;

Cass. pen., Sez. III, 8 marzo 2006, n. 19397, Spinelli, CED. 234168;

Cass. pen., Sez. III, 1° febbraio 2006, n. 12647, Albano, in Cass. pen., II, 2007;

Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 2004, Cerciello Parisi, n. 218058, in CED 228618;

Cass. pen., 11 novembre 2003, Fozzato, in Guida dir., 2004, fasc.12;

Cass. pen., Sez. III, 2 luglio 2003, Bainsi, CED 226544;

Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2002, n. 514, Panaccione, in Cass. pen., 2004;

Cass. pen., Sez. III, 7 giugno 2002, Dalfino, n. 1360, in Giur. it. 2004;

Cass. pen., Sez. VI, 11 dicembre 2001, Firemi, in Guid. Dir., 2002, fasc. 23;

Cass. pen., 28 novembre 2001, Muscas, in Arch. n .proc. Pen., 2002;

Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2001, Paternoster, in Riv. pen. 2002;

Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2001, n. 6887, CED n. 249569;

Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2000, n. 3059, Galliera, in Cass. pen., 2002;

Cass. pen., Sez. III, 24 giugno 1998, n. 23, Scardaccione, in Guida dir., 1998, fasc. 37;

Cass. pen., Sez. IV, 25 marzo 1998, Sandrelli, in Guid. dir., 1998;

Cass. pen., Sez. III 3 luglio 1997, n. 8962, Ruggeri, in Cass. pen., 1998;

Cass. pen., Sez. V, 13 marzo 1997, n. 7947, Mandalà, in Cass. pen., 1998;

Cass. pen., Sez. I, 21 febbraio 1997, n. 2690, Mirino, in Cass. pen., 1998;

Cass. pen., Sez. II, 27 luglio 1995, Ranieli, in Dir. pen. proc., 1995;

Cass. pen., Sez. II, 1 giugno 1995, Imbesi, in Dir. pen. proc., 1995;

Cass. pen., Sez. II, 13 febbraio 1993, Mei, in Giur. it, 1994;

Tribunale

Trib. Firenze, 3 febbraio 2003, Pupino, in F.it, 2004.

Sitografia

www.dirittopenalecontemporaneo.it

www.coe.int

www.sinpia.eu

www.scuolasuperoreavvocatura.it

www.psicologiagiuridica.eu

www.regione.toscana.it

www.Curia.europa.eu

www.governo.it

www.gruppocrc.net

www.falsiabusì.it

www.aipgitalia.org

www.Eur-lex.europa.eu

www.giustiziaminorile.it

www.duitbase.it

Ringraziamenti

Desidero ringraziare la Prof.ssa Valentina Bonini, relatore di questa tesi, per la disponibilità, il sostegno e per tutti i suggerimenti fornito durante la stesura.

Ringrazio i miei genitori, per essere stati i miei primi sostenitori e avermi sempre incoraggiata e spronata a realizzarmi nella vita.

Spero di averli resi orgogliosi.

Il mio ringraziamento va anche a Claudio, perché per merito suo i miei sogni stanno prendendo forma, ed è per me fonte di ispirazione quotidiana. La mia felicità è tutta merito suo.

Un ringraziamento particolare va anche Rossana, che con i suoi continui e fondamentali aiuti si è presa cura di me in questo ultimo periodo.

Ringrazio Loredana e Giulia, per essere le amiche meravigliose che sono, per avermi dimostrato in più occasioni di essere sempre al mio fianco.

Infine, vorrei ringraziare tutti i miei compagni che hanno condiviso con me questo periodo universitario, in particolar modo Stefania e Alice per i loro consigli sinceri e per avermi sopportato nei momenti di panico per via dello studio, così come ha fatto il “mio fantastico gruppo” del giovedì mattina, grazie al quale non mi sono mai sentita sola durante il periodo di stesura della tesi.